

ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ของรัฐใช้กำลังในหมุดแทน  
ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับ  
ความรับผิดชอบละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539

นายสุวิทย์ ปิ่นพรหม



การศึกษาค้นคว้าอิสระนี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต  
วิชาเอกกฎหมายมหาชน สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมศาสตร์

พ.ศ. 2561

**Legal Issues Relating to Order Requiring State Officials to Pay Compensation  
Pursuant to Regulations of the Office of the Prime Minister re: Procedures  
Relating to Tort Liability of State Official B.E.2539**

**Mr. Suwit Pinprom**

An Independent Study Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements for  
the Degree of Master of Laws in Public Law  
School of Law  
Sukhothai Thammathirat Open University

2018

หัวข้อการศึกษาคั่นคว้ออิสระ ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ของรัฐคดีใช้  
คำสินไหมทดแทน ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วย  
หลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิด  
ของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539  
ชื่อและนามสกุล นายสุวิทย์ ปิ่นพรหม  
วิชาเอก กฎหมายมหาชน  
สาขาวิชา นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช  
อาจารย์ที่ปรึกษา ศาสตราจารย์ ดร.ชัชชัย สุวรรณพานิช

การศึกษาคั่นคว้ออิสระนี้ ได้รับความเห็นชอบให้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษา  
ตามหลักสูตรระดับปริญญาโท เมื่อวันที่ 4 ธันวาคม 2561

คณะกรรมการสอบการศึกษาคั่นคว้ออิสระ

ช. นช

ประธานกรรมการ

(ศาสตราจารย์ ดร.ชัชชัย สุวรรณพานิช)

ว. นช

กรรมการ

(อาจารย์ ดร.วรรณวิภา เมืองถ้ำ)

ร. นช

(รองศาสตราจารย์ ดร.ภาณุมาศ ชัดเงางาม)

ประธานกรรมการประจำสาขาวิชานิติศาสตร์

**ชื่อการศึกษาค้นคว้าอิสระ** ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ของรัฐชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539

**ผู้ศึกษา** นายสุวิทย์ ปิ่นพรหม **รหัสนักศึกษา** 2594000628 **ปริญญา** นิติศาสตรมหาบัณฑิต  
**อาจารย์ที่ปรึกษา** ศาสตราจารย์ ดร.ธวัชชัย สุวรรณพานิช **ปีการศึกษา** 2561

### บทคัดย่อ

การศึกษาค้นคว้าอิสระนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อ ศึกษาแนวคิด ทฤษฎี และคำสั่งทางปกครอง ศึกษาคำสั่งทางปกครองที่เรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามกฎหมายไทย เสนอแนะแนวทางปรับปรุงแก้ไขกฎหมาย และหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาเพื่อออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน

การศึกษาค้นคว้าอิสระนี้เป็นการวิจัยเชิงคุณภาพด้วยวิธีวิจัยเอกสารจากการรวบรวมข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับหลักการพิจารณาทางปกครอง กรณีที่หน่วยงานของรัฐต้องออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ของรัฐรับผิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามความเห็นของกระทรวงการคลังตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539

ผลการศึกษาแสดงให้เห็นว่า ตามข้อ 17 วรรคสอง แห่งระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 กำหนดให้ผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิด ต้องส่งสำนวนให้กระทรวงการคลังเพื่อตรวจสอบ เว้นแต่เป็นเรื่อง ที่กระทรวงการคลังประกาศกำหนดว่าไม่ต้องรายงานให้กระทรวงการคลังตรวจสอบ และเมื่อกระทรวงการคลังตรวจสอบเสร็จแล้ว ผู้แต่งตั้งต้องดำเนินการออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามความเห็นของกระทรวงการคลังเท่านั้น ตามข้อ 18 แห่งระเบียบดังกล่าว โดยที่ผู้แต่งตั้งไม่สามารถพิจารณาออกคำสั่ง เป็นอย่างอื่นนอกเหนือความเห็นกระทรวงการคลังได้ อันเป็นการบัญญัติที่มีลักษณะบังคับ มีผลทำให้ผู้แต่งตั้งไม่ได้มีส่วนร่วมพิจารณาเพื่อมีคำสั่ง และการอุทธรณ์คำสั่งไม่มีผลในทางปฏิบัติที่จะเปลี่ยนแปลงหรือแก้ไข ให้แตกต่างไปจากความเห็นของกระทรวงการคลังได้ เนื่องจากหัวหน้าหน่วยงานของรัฐผูกพันที่ต้องออกคำสั่งตามความเห็นของกระทรวงการคลัง ส่งผลโดยตรงต่อการใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งทางปกครอง

**คำสำคัญ** คำสั่งเรียก เจ้าหน้าที่ของรัฐ ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน

**Independent Study title:** Legal Issues Relating to order Requiring State Officials to Pay  
Compensation Pursuant to Regulations of the Office of the Prime Minister  
Re: Procedures Relating to Tort Liability of State Official B.E.2539

**Author:** Mr. Suwit Pinprom; **ID:** 2594000628; **Degree:** Masters of Laws;

**Independent Study advisor:** Dr. Tawatchai Suwanpanich, Professor; **Academic year:** 2018

### Abstract

The purpose of this independent study is to examine the concepts and theories relating to administrative orders requiring state officials to pay compensation under the laws of Thailand and to propose appropriate amendment to the laws and relevant criteria relating to the consideration process for the issuance of such order.

This independent study was conducted using qualitative research methodology by studying and researching relevant documents and from collecting of information on the applicable criteria in the administrative consideration process. Specifically in the event that a government agency issued an order requiring state official to pay compensation pursuant to the opinion of the Ministry of Finance based on the Regulations of the Prime Minister Office re: Procedures relating to Tort Liability of State Official B.E.2539 (1996).

The study indicates that the second paragraph of item 17 of Regulations of the Prime Minister Office re: Procedures relating to Tort Liability of State Official B.E.2539 (1996) stipulates that the appointer of the Tort Liability Investigative Committee shall submit the dossier of the investigation to Ministry of Finance for review unless indicated otherwise. When the Ministry of Finance completed the reviewing process, such appointer shall proceed to issue an order requiring the state official to pay compensation pursuant only to the opinion of the Ministry of Finance in accordance with item 18 of the Regulations. The appointer does not have the capacity to issue an order that is differ from the opinion of the Ministry of Finance. Such provision is a legal requirement, prohibiting the appointer from participating in the processes of consideration and issuance and the appeal of the order. Neither does the appointer has the capacity to alter or amend such order to be different from the opinion of the Ministry of Finance. It is the authority of the head of department concerned to issue the order pursuant to the opinion of Ministry of Finance and exercise the discretion to issue administrative order.

**Keywords** Order requiring state official to pay compensation

## กิตติกรรมประกาศ

การศึกษาค้นคว้าอิสระเล่มนี้สำเร็จลงได้ด้วยความเมตตาให้เกียรติสนับสนุนของบุคคลหลายท่าน ซึ่งผู้ศึกษารู้สึกซาบซึ้งเป็นอย่างยิ่ง โดยเฉพาะท่านอาจารย์ที่ปรึกษา ศาสตราจารย์ ดร.ชัชชัย สุวรรณพานิช ที่สละเวลารับเป็นที่ปรึกษาสารนิพนธ์ และให้การช่วยเหลือแนะนำในการสืบค้นข้อมูล วิธีการในการเขียนงาน รวมถึงวิธีในการนำข้อมูลที่ได้ออกจากการศึกษาค้นคว้ามาวิเคราะห์ จนสามารถได้บทสรุปสำเร็จเป็นสารนิพนธ์ฉบับนี้

ผู้ศึกษาขอขอบพระคุณคณะกรรมการสอบการศึกษาค้นคว้าอิสระทุกท่าน ได้แก่ ศาสตราจารย์ ดร.ชัชชัย สุวรรณพานิช ที่ท่านได้ให้ความกรุณาและให้เกียรติมาเป็นประธานกรรมการสอบในครั้งนี้ อาจารย์ ดร.วรรณวิภา เมืองถ้ำ และอาจารย์ภรมาภา อุดมวัฒน์ทวี ที่ท่านได้ให้ความกรุณามาเป็นกรรมการสอบ และกรรมการร่วมสอบ ตามลำดับ โดยคณะกรรมการทุกท่านได้มีเมตตาช่วยให้คำแนะนำ และชี้แนะแนวทางการแก้ไขในงานฉบับนี้จนทำให้ผู้ศึกษาเข้าใจถึงปัญหาที่เกิดขึ้น จากการบังคับใช้กฎหมาย และแนวทางการแก้ไขที่สามารถนำไปปรับใช้ได้จริง ขอขอบพระคุณคณาจารย์คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราชที่ได้กรุณาประสิทธิ์ประสาทความรู้แก่ผู้ศึกษา โดยให้การแนะนำและช่วยเหลือในเรื่องของการเรียน และการทำงานวิจัย

สำหรับความสำเร็จนี้จะเกิดขึ้นมิได้เลยหากผู้ศึกษาขาดความรักความเข้าใจและการสนับสนุนจากครอบครัว ขอขอบคุณบิดาและมารดา รวมถึงสมาชิกในครอบครัวทุกคนที่อยู่เคียงข้างในทุกช่วงชีวิตเสมอมา ซึ่งถือได้ว่าเป็นส่วนหนึ่งของความสำเร็จครั้งนี้ ถ้าการศึกษาค้นหาในงานสารนิพนธ์ฉบับนี้พอจะเป็นประโยชน์ในทางวิชาการแก่ทุกท่านที่ได้อ่านอยู่บ้าง ผู้ศึกษาขออุทิศคุณความดีนั้นให้แก่ครอบครัว ครูอาจารย์ และทุกๆ ท่านที่เป็นส่วนหนึ่งในการให้ความช่วยเหลือ จนการจัดทำสารนิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลงไปได้ด้วยดี หากมีข้อผิดพลาดประการใด ผู้ศึกษาขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว

สุวิทย์ ปิ่นพรหม

ธันวาคม 2561

## สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ฉ
บทที่ 1 บทนำ.....	1
1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
2. วัตถุประสงค์ของการศึกษา.....	3
3. ขอบเขตของการศึกษา.....	4
4. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	4
5. ระเบียบวิธีวิจัย.....	4
บทที่ 2 ความหมาย แนวความคิด หลักการเกี่ยวกับการพิจารณาทางปกครอง และการพิจารณาทางปกครองตามกฎหมายต่างประเทศ.....	5
1. ความหมาย แนวคิด และหลักการของหลักนิติรัฐ.....	5
2. ความหมาย แนวคิดและหลักการของหลักความชอบด้วยกฎหมาย ของการกระทำทางปกครอง.....	9
3. ความหมาย และประเภทของการกระทำทางปกครอง.....	13
4. ความหมาย องค์ประกอบ ประเภทและผลของคำสั่งทางปกครอง.....	17
5. กระบวนการขั้นตอนในการออกคำสั่งทางปกครอง.....	36
6. ความหมาย แนวความคิด และหลักการเกี่ยวกับฝ่ายปกครอง.....	37
7. การควบคุมและตรวจสอบคำสั่งทางปกครอง.....	48
8. คำสั่งทางปกครองที่สามารถทบทวนและตรวจสอบโดยเจ้าหน้าที่ ฝ่ายปกครอง.....	52
9. ความหมาย แนวความคิด ประเภท และขอบเขตการใช้และการคุ้มครอง สิทธิเสรีภาพ.....	55
10. แนวคิด และหลักการของการควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจ ของผู้ปกครอง.....	65
11. หลักกฎหมายเกี่ยวกับการพิจารณาทางปกครองตามกฎหมายต่างประเทศ.....	73

## สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
บทที่ 3 หลักกฎหมายเกี่ยวกับการพิจารณาทางปกครองตามกฎหมายไทย.....	98
1. หลักกฎหมายเกี่ยวกับการพิจารณาทางปกครอง ตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539.....	98
2. หลักกฎหมายเกี่ยวกับการพิจารณาทางปกครอง ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539.....	105
3. หลักกฎหมายเกี่ยวกับการพิจารณาทางปกครอง ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539.....	117
บทที่ 4 วิเคราะห์ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการพิจารณาทางปกครอง	
1. ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539.....	135
2. วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับกรณีการที่ผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนข้อเท็จจริง ความรับผิดทางละเมิดต้องส่งสำนวนไปให้กระทรวงการคลังพิจารณา.....	136
3. วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับกรณีการที่ผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนข้อเท็จจริง ความรับผิดทางละเมิด ต้องดำเนินการออกคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามความเห็นของกระทรวงการคลัง.....	144
บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	148
1. บทสรุป.....	148
2. ข้อเสนอแนะ.....	152
บรรณานุกรม.....	156
ประวัติผู้ศึกษา.....	163



# บทที่ 1

## บทนำ

### 1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ในการจัดทำบริการสาธารณะของหน่วยงานของรัฐโดยทั่วไปจะเป็นไปเพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชนโดยส่วนรวมตามขอบเขตแห่งกฎหมายที่ให้อำนาจ โดยจะมีหน่วยงานของรัฐต่างๆ เป็นผู้รับผิดชอบ และมีเจ้าหน้าที่ของรัฐในหน่วยงานนั้นๆ เป็นผู้ที่มีบทบาทสำคัญในการดำเนินกระบวนการพิจารณาทางปกครองเพื่อให้กิจการสาธารณะบรรลุผล ซึ่งในบางครั้งการดำเนินการของเจ้าหน้าที่รัฐ ไม่ว่าจะเป็นการกระทำโดยจงใจหรือโดยประมาทเลินเล่อก็ตาม อาจก่อให้เกิดความเสียหายได้ทั้งในส่วนที่เป็นการกระทำต่อบุคคลภายนอก และต่อหน่วยงานของรัฐเอง และหากการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายนั้นเข้าหลักเกณฑ์ที่ถือว่าการกระทำละเมิดอันเนื่องมาจากการปฏิบัติหน้าที่ตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 แล้วเจ้าหน้าที่ผู้นั้นจะต้องตกอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว โดยกรณีที่เจ้าหน้าที่ปฏิบัติหน้าที่แล้วก่อให้เกิดความเสียหายต่อหน่วยงานของรัฐ หน่วยงานของรัฐแห่งนั้นสามารถออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ผู้ก่อให้เกิดความเสียหายชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่หน่วยงานของรัฐได้ตามมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติฉบับนี้ ซึ่งขั้นตอนของการพิจารณาเพื่อออกคำสั่งให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนจะดำเนินกระบวนการพิจารณาตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 อันเป็นกฎหมายหลักที่เป็นกฎหมายกลางที่ใช้ในการพิจารณาทางปกครอง ส่วนในขั้นตอนที่เป็นรายละเอียดของกระบวนการพิจารณาทางปกครองเพื่อออกคำสั่งที่พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 ไม่ได้กำหนดไว้ กระบวนการและขั้นตอนการพิจารณาจะเป็นไปตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 เช่น การแต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิด ขั้นตอนและกระบวนการพิจารณาและการออกคำสั่งให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน เป็นต้น ระเบียบฉบับดังกล่าวจึงเป็นหลักเกณฑ์ในรายละเอียดที่หน่วยงานของรัฐจะใช้ในการดำเนินการเพื่อออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ซึ่งจากการศึกษารายละเอียดตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 พบว่ามีปัญหาเกิดขึ้นเกี่ยวกับกรณีที่หน่วยงานของรัฐต้องดำเนินการออกคำสั่ง

เรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามความเห็นของกระทรวงการคลัง เนื่องด้วยระเบียบดังกล่าวได้กำหนดให้หน่วยงานของรัฐที่ได้รับความเสียหายซึ่งเกิดจากการกระทำของเจ้าหน้าที่แต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบทางละเมิดขึ้นมาเพื่อสอบสวนให้ทราบว่าเจ้าหน้าที่ได้กระทำละเมิดต่อหน่วยงานของรัฐหรือไม่ เป็นการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่หรือไม่ หากเป็นการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่เจ้าหน้าที่ได้กระทำการนั้นไปด้วยความจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงหรือไม่ จำนวนค่าเสียหายเป็นเท่าใด และเมื่อคณะกรรมการสอบสวนดำเนินการสอบสวนเสร็จแล้ว ผู้แต่งตั้งจะวินิจฉัยสั่งการว่ามีผู้ใดต้องรับผิดชอบชดใช้ค่าสินไหมทดแทนหรือไม่ และเป็นจำนวนเท่าใด จากนั้นผู้แต่งตั้งจะต้องส่งสำนวนการสอบสวนให้กระทรวงการคลังพิจารณาตรวจสอบตามข้อ 17 วรรคสอง ที่บัญญัติว่า “ให้ผู้แต่งตั้งส่งสำนวนภายในเจ็ดวัน นับแต่วันวินิจฉัยสั่งการให้กระทรวงการคลังเพื่อตรวจสอบ เว้นแต่เป็นเรื่องที่กระทรวงการคลังประกาศกำหนดว่าไม่ต้องรายงานให้กระทรวงการคลังตรวจสอบ” และเมื่อกระทรวงการคลังตรวจสอบเสร็จแล้วผู้แต่งตั้งจะต้องดำเนินการตามข้อ 18 วรรคหนึ่ง ที่บัญญัติว่า “เมื่อกระทรวงการคลังพิจารณาเสร็จแล้ว ให้ผู้แต่งตั้งมีคำสั่งตามความเห็นของกระทรวงการคลัง และแจ้งคำสั่งนั้นให้ผู้ที่เกี่ยวข้องทราบ รวมทั้งราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา หรือหน่วยงานอื่นของรัฐตามกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ ให้ผู้แต่งตั้งของหน่วยงานของรัฐแห่งนั้นสั่งการไปตามความเห็นของกระทรวงการคลัง” และวรรคสองที่บัญญัติว่า “เมื่อหน่วยงานของรัฐที่เสียหายตามวรรคหนึ่งสั่งการตามความเห็นของกระทรวงการคลังแล้ว ให้ผู้แต่งตั้งดำเนินการเพื่อออกคำสั่งให้ผู้ต้องรับผิดชอบชดใช้ค่าสินไหมทดแทนหรือฟ้องคดีต่อศาลอย่าให้ขาดอายุความ” ซึ่งเป็นการกำหนดให้กระทรวงการคลังเข้ามามีบทบาทโดยมีหน้าที่เป็นองค์กรตรวจสอบสำนวนการสอบสวนของหน่วยงานของรัฐที่ได้รับความเสียหาย และไม่ว่าผลการตรวจสอบของกระทรวงการคลังจะเป็นเช่นใด หัวหน้าหน่วยงานของรัฐก็ผูกพันที่จะต้องมีคำสั่งตามความเห็นของกระทรวงการคลัง จึงเห็นได้ว่ากระทรวงการคลังเป็นองค์กรที่มีอำนาจวินิจฉัยว่าเจ้าหน้าที่จะต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนหรือไม่ แต่หัวหน้าหน่วยงานของรัฐที่ได้รับความเสียหายมีเพียงอำนาจในการลงนามในคำสั่งเท่านั้น ไม่มีอำนาจในการตัดสินใจว่าเจ้าหน้าที่จะต้องรับผิดชอบหรือไม่ เพียงใด เว้นแต่เป็นกรณีที่เข้าข้อยกเว้นที่กระทรวงการคลังกำหนดให้หน่วยงานของรัฐไม่ต้องรายงานให้กระทรวงการคลังตรวจสอบ หัวหน้าหน่วยงานของรัฐจะมีอำนาจวินิจฉัยสั่งการเองได้

รวมทั้งคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 เจ้าหน้าที่ที่มีความประสงค์จะฟ้องขอให้ศาลปกครองมีคำพิพากษาเพิกถอนคำสั่งให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน จะต้องอุทธรณ์คำสั่งต่อ

ผู้ทำคำสั่งก่อนฟ้องคดีเนื่องจากขั้นตอนการอุทธรณ์ถือเป็นเงื่อนไขในการฟ้องคดีปกครอง หากไม่อุทธรณ์คำสั่งดังกล่าวแต่นำคดีมาฟ้องต่อศาล ศาลจะไม่รับคำฟ้องนั้นไว้พิจารณาเพราะถือว่าผู้ฟ้องคดีไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขในการฟ้องคดีตามมาตรา 42 วรรคสองแห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 อย่างไรก็ดี แม้การอุทธรณ์คำสั่งจะถือเป็นเงื่อนไขในการฟ้องคดีปกครอง แต่หากพิจารณากฎหมายและระเบียบปฏิบัติที่เกี่ยวข้องจะพบว่า กระบวนการในการพิจารณาคำอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองตามมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 ยังมีปัญหาที่ทำให้การดำเนินการดังกล่าวไม่มีผลในทางปฏิบัติ กล่าวคือตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 ข้อ 18 กำหนดว่า ให้ผู้แต่งตั้งมีคำสั่งความเห็นของกระทรวงการคลังข้อกำหนดดังกล่าวก็ส่งผลโดยตรงต่อการใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งทางปกครอง ของหัวหน้าหน่วยงาน ของรัฐ เนื่องจากตามกฎหมายหัวหน้าหน่วยงานของรัฐย่อมผูกพันที่จะต้องออกคำสั่งตามความเห็นของกระทรวงการคลัง และแม้ต่อมาจะมีการอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าว ผู้แต่งตั้งหรือผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ก็ต้องวินิจฉัยสั่งการคำอุทธรณ์ตามผลการตรวจสอบของกระทรวงการคลังอยู่เช่นเดิม กระบวนการหรือขั้นตอนการอุทธรณ์จึงไม่มีผลในทางปฏิบัติในการที่จะเปลี่ยนแปลงหรือแก้ไขคำสั่งทางปกครองให้แตกต่างไปจากความเห็นของกระทรวงการคลังได้

บทบัญญัติดังกล่าวเป็นบทบัญญัติที่กำหนดหลักเกณฑ์และขั้นตอนที่จะต้องดำเนินการก่อนออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ซึ่งบทบัญญัติข้อ 18 นี้ได้กำหนดให้หน่วยงานของรัฐผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนต้องดำเนินการออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามความเห็นของกระทรวงการคลังเท่านั้น โดยที่ผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนไม่สามารถพิจารณาออกคำสั่งเป็นอย่างอื่นนอกเหนือจากความเห็นของกระทรวงการคลังได้ อันเป็นการบัญญัติกฎหมายที่มีลักษณะเป็นบทบังคับที่มีผลทำให้ผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนไม่ได้มีส่วนร่วมในการพิจารณาเพื่อมีคำสั่ง ทั้งที่เป็นหน่วยงานที่เริ่มดำเนินการสอบสวนมาตั้งแต่ต้น และเป็นหน่วยงานที่ดำเนินการในขั้นสุดท้าย คือ เป็นหน่วยงานที่มีหน้าที่ออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน อีกทั้งยังเป็นหน่วยงานที่ใกล้ชิดกับข้อเท็จจริงมากที่สุด

## 2. วัตถุประสงค์ของการศึกษา

2.1 เพื่อศึกษาแนวคิด ทฤษฎี และคำสั่งทางปกครอง

2.2 เพื่อศึกษาคำสั่งทางปกครองที่เรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามกฎหมายไทย

2.3 เพื่อเสนอแนะแนวทางปรับปรุงแก้ไขกฎหมาย และหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาเพื่อออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน

### 3. ขอบเขตของการศึกษา

การศึกษานี้เป็นการศึกษาและวิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการพิจารณาทางปกครองกรณีที่หน่วยงานของรัฐต้องดำเนินการออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามความเห็นของกระทรวงการคลัง ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539

### 4. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

4.1 ทำให้ทราบถึงแนวคิด ทฤษฎี และคำสั่งทางปกครอง

4.2 ทำให้ทราบถึงคำสั่งทางปกครองที่เรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามกฎหมายไทย

4.3 ทำให้เป็นแนวทางปรับปรุงแก้ไขกฎหมาย และหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณา เพื่อออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 เพื่อก่อให้เกิดความเป็นธรรม

### 5. ระเบียบวิธีวิจัย

ใช้วิธีวิจัยเชิงคุณภาพ โดยการรวบรวมข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับหลักการพิจารณาทางปกครองเพื่อออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ของรัฐรับผิดชอบชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539

## บทที่ 2

# ความหมาย แนวความคิด หลักการเกี่ยวกับการพิจารณาทางปกครอง และการพิจารณาทางปกครองตามกฎหมายต่างประเทศ

ในการพิจารณาเพื่อออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 หน่วยงานของรัฐที่พิจารณาและออกคำสั่งจะต้องดำเนินการพิจารณาตามขั้นตอนและวิธีการที่กำหนดไว้ในระเบียบฉบับนี้ ดังนั้น เพื่อให้มีความเข้าใจถึงการพิจารณาทางปกครองเพื่อออกคำสั่งดังกล่าว จึงสมควรศึกษาความหมาย แนวความคิด หลักการเกี่ยวกับการพิจารณาทางปกครอง และการพิจารณาทางปกครองตามกฎหมายต่างประเทศ ดังนี้

### 1. ความหมาย แนวคิด และหลักการของหลักนิติรัฐ (Legal State)

#### 1.1 ความหมายของหลักนิติรัฐ

แนวคิดเรื่องนิติรัฐเกิดขึ้นจากการจำกัดอำนาจของตนเองของรัฐ<sup>1</sup> ซึ่งเป็นคำที่นักประวัติศาสตร์และนักปรัชญาการเมืองตะวันตกใช้เรียกรัฐประเภทหนึ่งซึ่งยอมรับรอง และให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นมูลฐานของประชาชน เพื่อที่ประชาชนจะได้ใช้สิทธิเสรีภาพพัฒนาบุคลิกภาพของตนได้ตามที่ราษฎรแต่ละคนจะเห็นสมควร<sup>2</sup> นิติรัฐเป็นระบบที่ถูกสร้างขึ้นเพื่อประโยชน์ของประชาชนและมีวัตถุประสงค์ในการป้องกันการใช้อำนาจตามอำเภอใจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ในบางกรณีรัฐต้องรักษาไว้ซึ่งผลประโยชน์ของส่วนรวมจำต้องบังคับให้ประชาชนกระทำการหรือละเว้นไม่กระทำการบางอย่าง องค์กรของรัฐจึงสามารถล่วงล้ำเข้าไปในแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้เหมือนกัน แต่รัฐให้คำมั่นต่อประชาชนว่าองค์กรของรัฐจะกล้ากรายสิทธิเสรีภาพของประชาชนต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติไว้อย่างชัดเจนเป็นการทั่วไปว่าองค์กรของรัฐจะกล้ากรายสิทธิเสรีภาพของประชาชนในกรณีใดและภายในขอบเขตอย่างไร ฉะนั้นในการเข้าไป

<sup>1</sup> โกลิน ฟลوجل, เอกสารประกอบการบรรยายวิชากฎหมายมหาชน, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2525, หน้า 86

<sup>2</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานในกฎหมายมหาชน”, ในรวมบทความทางวิชาการบางเรื่องเกี่ยวกับกฎหมายปกครองและกฎหมายรัฐธรรมนูญ, กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2540, หน้า 1

แทรกแซงสิทธิเสรีภาพของประชาชน องค์กรของรัฐจะต้องตรวจสอบดูเสียก่อนว่ามีกฎหมายให้อำนาจหรือไม่ และภายในขอบเขตอย่างไร องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่อาจกล่าวสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ตามอำเภอใจตรงกันข้ามอำนาจขององค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐมีอยู่อย่างจำกัด<sup>3</sup>

ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย<sup>4</sup> ได้อธิบายว่า หลักนิติรัฐ คือ รัฐที่ยอมตนอยู่ใต้บังคับ แห่งกฎหมายซึ่งรัฐเป็นผู้ตราขึ้นเอง ความคิดเรื่องนิติรัฐเป็นความคิดของประชาชนที่ฝึกฝนในสิทธิปัจเจกชน และรัฐธรรมนูญของรัฐที่เป็นนิติรัฐนี้จะต้องมีบทบัญญัติในประการที่สำคัญถึงเสรีภาพของราษฎร เช่น เสรีภาพในร่างกาย ในทรัพย์สิน ในการทำสัญญา และในการประกอบอาชีพ ในฐานะนี้รัฐจึงมีสภาพเป็นกรับใช้ของสังคมโดยถูกควบคุมอย่างเคร่งครัดเท่านั้น และตราบใดที่กฎหมายยังใช้อยู่ กฎหมายนั้นก็จะผูกมัดอยู่เสมอ และโดยการที่มีบทบัญญัติให้ราษฎรเป็นองค์กรของรัฐในการบัญญัติกฎหมายแทนตน (สำหรับรัฐที่ใช้หลักประชาธิปไตยทางผู้แทน) การที่รัฐจำกัดสิทธิเสรีภาพของราษฎร ได้ก็ด้วยความยินยอมของราษฎรให้จำกัดสิทธิและเสรีภาพฉะนั้น กรณีที่รัฐเป็นนิติรัฐจึงเป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพของราษฎร

ศาสตราจารย์ ดร.วรพจน์ วิสรุตพิชญ์<sup>5</sup> ได้อธิบายหลักนิติรัฐว่ามีสาระสำคัญและหลักการพื้นฐาน 2 ประการ ดังนี้

(1) หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง (The Principle of Legality of Administrative Action) หมายถึง ฝ่ายปกครอง ได้แก่ หน่วยงานราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ ราชการส่วนท้องถิ่น และเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชา หรือในกำกับของรัฐ ภายใต้อำนาจใดๆ ที่อาจมีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของเอกชนได้ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจไว้และกระทำภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น

(2) หลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย (The Principle of the Constitutionality of Legislation) หมายถึง กฎหมายที่รัฐตราขึ้นต้องไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

พระพรหมคุณาภรณ์ (ป.อ. ปยุตโต)<sup>6</sup> ได้อธิบายแนวคิดเกี่ยวกับนิติรัฐ นิติธรรมโดยแปลคำว่า Rule of law ว่าแท้จริงคือส่วนหนึ่ง หรือเป็นเพียงส่วนหนึ่งของหลักธรรมาธิปไตยนั่นเอง ไม่ต้องแปลว่านิติธรรมให้แปลกประหลาดแต่อย่างใด ธรรมาธิปไตย แปลว่าการที่บุคคลยึดถือความจริง ความถูกต้อง ความดีงาม เหตุผล หลักการ กฎกติกาที่ชอบธรรมเป็นบรรทัดฐาน เคารพธรรม เชิดชูธรรม นิยมธรรม ตั้งตนอยู่ในธรรม ประพฤติธรรมด้วยตนเอง

<sup>3</sup> “เรื่องเดียวกัน” , หน้า 3 - 4

<sup>4</sup> หยุด แสงอุทัย, *หลักรัฐธรรมนูญทั่วไป*, กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2538, หน้า 123

<sup>5</sup> วรพจน์ วิสรุตพิชญ์, *สิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ*, กรุงเทพฯ: ม.ป.พ., 2542, หน้า 52 - 53

<sup>6</sup> พระพรหมคุณาภรณ์ (ป.อ. ปยุตโต), *สลายความขัดแย้ง*, กรุงเทพฯ: พิมพ์สวย, 2548, หน้า 20

หรืออาจกล่าวง่าย ๆ ได้ว่าถือความถูกต้องชอบธรรมเป็นเกณฑ์เป็นใหญ่ในการตัดสินใจ  
 ธรรมชาติไปโดยไม่ใช้ระบอบหรือระบบการปกครอง แต่เป็นแก่นของการปกครองทั้งหลายในโลก  
 ที่มีอยู่

ศาสตราจารย์ ดร.บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ<sup>7</sup> ได้อธิบายว่า ประเทศที่มีการปกครอง  
 ตามหลัก นิติรัฐนั้น นอกจากจะมีบทบัญญัติของกฎหมายกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างพลเมือง  
 ด้วยกันแล้ว ยังมีบทบัญญัติของกฎหมายกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับพลเมือง และ  
 ความสัมพันธ์ทั้งหลายภายในรัฐด้วย และอาจกล่าวได้ว่าลักษณะเฉพาะของความเป็นนิติรัฐก็คือใน  
 รัฐดังกล่าวการใช้อำนาจรัฐถูกผูกพัน โดยกฎหมาย ซึ่งจุดนี้จะเห็นได้ว่ามีความแตกต่างอย่างสิ้นเชิง  
 กับการปกครองตามหลักอำนาจนิยม หรือรัฐตำรวจ (Police State) โดยรัฐที่ปกครองลักษณะ  
 ดังกล่าวจะไม่มีกฎหมายหรือมีกฎหมายน้อย และแม้จะมีกฎหมายแต่กฎหมายดังกล่าวก็มักจะไม่ได้  
 รับการยึดถือและปฏิบัติตามจากผู้ทรงอำนาจในรัฐนั้นๆ

## 1.2 แนวความคิดของหลักนิติรัฐ

แนวความคิดของหลักนิติรัฐยอมรับรองและให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้น  
 พื้นฐานของราษฎร ทั้งนี้เพื่อที่ราษฎรจะได้ใช้สิทธิเสรีภาพเช่นว่านั้นพัฒนาบุคลิกภาพของตนตามที่  
 แต่ละคนจะเห็นสมควร ดังนั้น รัฐประเภทนี้จึงเป็นรัฐที่มีอำนาจจำกัด โดยยอมอยู่ภายใต้กฎหมายของ  
 ตนเอง เพื่อประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนเพราะถือว่าสิทธิเสรีภาพของประชาชนเป็นสิทธิขั้น  
 พื้นฐานของมนุษย์ซึ่งมีค่าสูงสุด หลักนิติรัฐประกอบด้วยหลักการพื้นฐาน 2 ประการ คือ หลักสิทธิขั้น  
 พื้นฐาน และหลักแบ่งแยกอำนาจ

**1.2.1 กรณีหลักสิทธิขั้นพื้นฐาน** ในรัฐเสรีประชาธิปไตยยอมรับรองและให้ความ  
 คุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นมูลฐานของราษฎรไว้ในรัฐธรรมนูญ โดยอาจจำแนกสิทธิเสรีภาพดังกล่าว  
 ได้เป็น 3 ประเภท คือ<sup>8</sup>

1) สิทธิเสรีภาพส่วนบุคคล โดยแท้ อันได้แก่ สิทธิเสรีภาพในชีวิตร่างกาย  
 สิทธิเสรีภาพในเคหสถาน สิทธิเสรีภาพในการติดต่อสื่อสารถึงกันและกัน สิทธิเสรีภาพในการ  
 เดินทาง และการเลือกถิ่นที่อยู่ และสิทธิเสรีภาพในครอบครัว เป็นต้น

<sup>7</sup> บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, *กฎหมายรัฐธรรมนูญ*, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553, หน้า 417

<sup>8</sup> Loewenstein, K. *Political Power and the Government Process* : U.S.A. the University of Chicago :  
 Press, 1957, p.376 อ้างใน วรพจน์ วิศรุดพิชญ์, “ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานในกฎหมายมหาชน”, ในรวม  
 บทความทางวิชาการบางเรื่องเกี่ยวกับกฎหมายปกครองและกฎหมายรัฐธรรมนูญ, กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2540, หน้า 1

2) *สิทธิเสรีภาพในทางเศรษฐกิจ* อันได้แก่ สิทธิเสรีภาพในการประกอบอาชีพ สิทธิเสรีภาพในการมีและการใช้ทรัพย์สิน และสิทธิเสรีภาพในการทำสัญญา

3) *สิทธิเสรีภาพในการมีส่วนร่วมในกระบวนการทางการเมือง* อันได้แก่ สิทธิเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นทางการเมือง สิทธิเสรีภาพในการรวมตัวกันเป็นสมาคมหรือพรรคการเมือง สิทธิเสรีภาพในการลงคะแนนเสียงเลือกตั้งและสมัครรับเลือกตั้ง

**1.2.2 กรณีหลักการแบ่งแยกอำนาจ** เป็นหลักการในการจัดวางโครงสร้างขององค์กรของรัฐ ไม่ให้มีอำนาจเด็ดขาด เพื่อประกันสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจ เนื่องจากอำนาจเด็ดขาดนั้นทำให้ผู้ปกครองในอำนาจเกินเลยเสมอจนกลายเป็นอำนาจ ตามอำเภอใจ หลักการแบ่งแยกอำนาจจึงเป็นหลักประกันสิทธิในแง่การจัดองค์กร ซึ่งเป็นหลักการในเชิงรูปแบบของนิติรัฐเพราะหลักการสำคัญๆ ของนิติรัฐที่เกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานดังกล่าวข้างต้นจะปรากฏเป็นจริงขึ้นมาในทางปฏิบัติได้ยากหรือไม่ได้เลยถ้าหากว่าอำนาจหน้าที่ในการตรากฎหมายหรืออำนาจนิติบัญญัติ อำนาจหน้าที่บังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายหรืออำนาจบริหาร และอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาตรวจสอบความถูกต้องตามกฎหมายของการกระทำขององค์กร เจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของอำนาจตุลาการรวมศูนย์อยู่ในบุคคลหรือคณะบุคคลเดียวกัน ถึงแม้ว่าบุคคลหรือคณะบุคคลนั้นจะได้รับการเลือกตั้งมาจากรายการตามวิถีทางแห่งประชาธิปไตยก็ตาม ก็มีอาจไว้ใจผู้ปกครองที่มีอำนาจได้ การแบ่งแยกอำนาจในความหมายของการจัดให้อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ มีองค์กรผู้ใช้ต่างองค์กรกัน และเป็นอิสระจากกัน โดยให้องค์กรเหล่านั้นคอยตรวจสอบถ่วงดุลซึ่งกันและกัน ด้วยเหตุนี้ หลักการแบ่งแยกอำนาจ จึงเป็นองค์ประกอบที่สำคัญที่สุดของหลักนิติรัฐ ถือได้ว่าเป็นหลักการพื้นฐานในการจัดองค์กรของรัฐในระบอบประชาธิปไตย<sup>9</sup>

### 1.3 หลักการของหลักนิติรัฐ

หลักการของหลักนิติรัฐ มีอยู่ 3 ประการ<sup>10</sup> ดังนี้

**1.3.1 บรรดาการกระทำทั้งหลายขององค์กรฝ่ายบริหารจะต้องชอบด้วยกฎหมายซึ่งตรา ขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติ**

**1.3.2 บรรดากฎหมายทั้งหลายที่องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติได้ตราขึ้นจะต้องชอบด้วยรัฐธรรมนูญ** โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายที่ให้อำนาจฝ่ายบริหารแทรกแซงสิทธิเสรีภาพของ

<sup>9</sup> สมยศ เจื้อไทย , *หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น*, กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2554, หน้า 171

<sup>10</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “การควบคุมการใช้ดุลพินิจทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ”, บทบัณฑิตย 33, 3



ประชาชนต้องมีความชัดเจนและจะต้องไม่ให้อำนาจแก่ฝ่ายบริหารเกินกว่าความจำเป็นเพื่อรักษาไว้ซึ่งประโยชน์สาธารณะ

**1.3.3 การควบคุมไม่ให้การกระทำขององค์กรฝ่ายบริหารขัดต่อกฎหมายก็ดี** การควบคุม มิให้กฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญก็จะต้องเป็นอำนาจขององค์กรตุลาการซึ่งมีความเป็นอิสระ

## 2. ความหมาย แนวคิดและหลักการของหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง

### 2.1 ความหมายของหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง

หลักความชอบด้วยกฎหมายเดิมเน้นเฉพาะการกระทำของเอกชนว่าต้องชอบด้วยกฎหมาย เพราะถือว่ารัฐและพระมหากษัตริย์ทรงสมบูรณ์อำนาจอธิปไตยที่พระราชกรณียกิจที่แทนพระองค์นั้นเป็นองค์อธิปัตย์จึงไม่อยู่ภายใต้กฎหมายที่ทรงออกมา ต่อมาเมื่อมีการเปลี่ยนแปลงระบอบการปกครองมาเป็นระบอบประชาธิปไตย ความจำเป็นที่จะต้องให้หน่วยงานของรัฐ โดยเฉพาะฝ่ายปกครองมีอำนาจดำเนินการกระทบสิทธิของประชาชนนั้นต้องดำเนินการให้ชอบด้วยกฎหมายในระยะแรกหลักความชอบด้วยกฎหมายนี้ยังไม่ครอบคลุมองค์กรนิติบัญญัติเนื่องจากเห็นว่าองค์กรนิติบัญญัติบัญญัติเป็นองค์กรผู้แทนปวงชนเจ้าของอำนาจสูงสุดนั่นเอง จนกระทั่งในปัจจุบันได้ยอมรับกันเป็นหลักสากลว่าหลักความชอบด้วยกฎหมายครอบคลุมสถาบันทุกสถาบันในรัฐทั้งสถาบันบริหาร นิติบัญญัติ และตุลาการ ทั้งนี้เพื่อดำรงไว้ซึ่งการปกป้องรักษาสิทธิเสรีภาพให้ปลอดภัยจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจของรัฐ<sup>11</sup>

ในนิติรัฐการดำเนินการทางปกครองขององค์กรฝ่ายปกครองไม่ว่าจะเป็นการกระทำที่มุ่งต่อผลในทางกฎหมาย หรือในทางปฏิบัติการมีพื้นฐานที่มาจากอำนาจแห่งระบบกฎหมายที่ได้ให้อำนาจแก่องค์กรฝ่ายปกครองในการดำเนินการเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์แห่งประโยชน์สาธารณะเป็นสำคัญ ด้วยเหตุนี้การกระทำขององค์กรฝ่ายปกครองใดหากการกระทำนั้นก้าวล่วงเข้าไปกระทบสิทธิ เสรีภาพของเอกชนแล้ว องค์กรฝ่ายปกครองจะต้องมีกฎหมายให้อำนาจ และจะต้องกระทำภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดอำนาจไว้เท่านั้น<sup>12</sup>

<sup>11</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *กฎหมายมหาชน เล่ม 3: ที่มาและนิติวิธี*, กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2538, หน้า 279

<sup>12</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง: หลักการพื้นฐานในกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง*, กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2546, หน้า 54

หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง หมายถึง ฝ่ายปกครองจะกระทำการทางปกครองใดๆ อันเป็นการก้าวล่วงไปกระทบสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนไม่ได้ เว้นแต่จะมีกฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นให้อำนาจไว้<sup>13</sup> ที่ถือว่าหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองนี้ เป็นข้อจำกัดอำนาจของฝ่ายปกครองนั้น หมายถึง ฝ่ายปกครองจะกระทำการทางปกครองที่กระทบสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนได้ต่อเมื่อกฎหมายให้อำนาจ และการกระทำทางปกครองที่ออกนั้นต้องสอดคล้องและไม่ขัดแย้งกับกฎหมาย ซึ่งจะเห็นว่ากฎหมายเป็นทั้งรากฐานที่มาของอำนาจฝ่ายปกครองในการออกการกระทำทางปกครอง ในขณะที่เดียวกันกฎหมายก็เป็นขอบเขตของการกระทำทางปกครองด้วย ส่วนที่ถือว่าหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองเป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนนั้น หมายความว่า หากการกระทำทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย ประชาชนย่อมมีสิทธิที่จะให้ความไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นหมดสิ้นไป เช่น การขอให้อยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง เป็นต้น<sup>14</sup>

## 2.2 แนวคิดของหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง

การปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายปกครองถูกชี้นำโดยหลักสำคัญของความชอบด้วยกฎหมาย หลักการนี้หมายถึงว่า ฝ่ายปกครองต้องยึดถือปฏิบัติการให้สอดคล้องกับหลักกฎหมาย หรือถ้าจะกล่าวให้ชัดเจนก็คือ ฝ่ายปกครองต้องวินิจฉัยหรือตัดสินใจโดยยึดถือหลักความชอบด้วยกฎหมาย หลักความชอบด้วยกฎหมายจะปรากฏเป็นเกณฑ์ของกฎหมาย ซึ่งโดยทั่วไปจะบัญญัติไว้ในกฎหมายแบบพิธี (Lois Formelles) หลักการนี้เกี่ยวข้องกับกิจกรรมทุกอย่างของฝ่ายปกครอง กล่าวคือ ในประการแรกเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองในลักษณะที่มีผลเฉพาะบุคคล ซึ่งหมายความว่า คำสั่งในลักษณะที่มีผลเฉพาะบุคคลต้องสอดคล้องกับหลักทั่วไปที่ถูกระบุไว้ก่อนแล้วนั่นเอง ประการที่สอง นิติกรรมทางปกครองที่มีผลใช้บังคับทั่วไป ต้องยึดถือหลักความชอบด้วยกฎหมาย<sup>15</sup>

หลักการที่ว่า การกระทำในทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายนี้เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องถึงบทกฎหมายที่วางระเบียบจำกัดอำนาจของฝ่ายปกครองและกิจกรรมของฝ่ายปกครอง และที่จริงแล้วหลักการนี้มีได้ใช้บังคับแต่เฉพาะเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองแต่เพียงฝ่ายเดียวเท่านั้น เพราะหลักดังกล่าวเป็นแต่เพียงส่วนหนึ่งของหลักใหญ่ทั่วไปที่ยอมรับนับถือกันในประเทศต่างๆ

<sup>13</sup> กมลชัย รัตนสกวาวงศ์, *หลักกฎหมายปกครอง*, กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2554, หน้า 135

<sup>14</sup> มานิตย์ จุมปา, *คำอธิบายกฎหมายปกครอง เล่ม 3 ว่าด้วยการกระทำทางปกครองและการควบคุมการกระทำทางปกครอง ตอนที่ 1*, กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2554, หน้า 457

<sup>15</sup> มนตรี รูปสุวรรณ, “หลักการว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย”, *วารสารกฎหมายปกครอง*, 30, 6 (2530), หน้า 573

ว่า “กิจกรรมทั้งปวงของรัฐต้องอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมาย” หรือที่เรียกว่า นิติรัฐนั่นเอง ซึ่งมีความหมายตรงข้าม กับรัฐตำรวจ<sup>16</sup>

หลักการที่ว่าการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายนี้ทำให้เกิดข้อขัดแย้งขึ้นระหว่างประโยชน์ 2 ฝ่าย ประโยชน์ฝ่ายหนึ่งคือ การให้หลักประกันแก่เอกชนผู้อยู่ใต้ปกครอง และเพื่อให้มีหลักประกันดังกล่าวอย่างสูงสุดจึงมักจะทำให้เกิดมีการขยายหลักที่ให้อำนาจรัฐอยู่เดิมให้กว้างขวางออกไปเรื่อยๆ ซึ่งจะไปขัดกับประโยชน์ของอีกฝ่ายหนึ่ง คือ การให้อิสระแก่ฝ่ายปกครองในการดำเนินงานของฝ่ายปกครอง “ให้เหมาะสมกับสถานการณ์” เช่น การให้ฝ่ายปกครองได้สามารถใช้ดุลพินิจได้ตามควรแก่กรณีเป็นต้น ดังนั้น การใช้หลักนี้บังคับแก่ ฝ่ายปกครองจึงจำต้องมีข้อผ่อนผันและข้อยกเว้นบางประการ ทั้งนี้ ก็เพื่อรักษาผลประโยชน์ของทั้งสองฝ่าย คือ ทั้งฝ่ายเอกชนผู้อยู่ใต้ปกครองและทั้งฝ่ายปกครองนั่นเอง นอกจากนี้กรณีที่เกิดภาวะสงครามหรือในยาม ที่มีสถานการณ์ไม่ปกตินั้น ฝ่ายปกครองก็อาจกระทำการที่ในยามปกติถือว่ามิชอบด้วยกฎหมายได้ ทั้งนี้ก็เพราะเห็นว่าฝ่ายปกครองจำเป็นต้องดำเนินการบางประการ โดยเร่งด่วนในยามคับขันหรือฉุกเฉิน เพื่อรักษาผลประโยชน์ของผู้อยู่ใต้ปกครองโดยส่วนรวมนั่นเอง<sup>17</sup>

### 2.3 หลักการของหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง

หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง หรือที่เรียกอีกอย่างหนึ่งว่า การกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย เป็นหลักการพื้นฐานในกฎหมายปกครองที่ทำให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องผูกพันตนต่อกฎเกณฑ์ที่ฝ่ายนิติบัญญัติ และกฎเกณฑ์ที่ตนเองตราขึ้น หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองจะมีผลในทางปฏิบัติก็แต่โดยการที่ระบบกฎหมายกำหนดให้มีการควบคุมตรวจสอบการกระทำดังกล่าวได้ระบบกฎหมายไทยกำหนดให้ศาลปกครองเป็นองค์กรหลักในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองซึ่งเป็นองค์ประกอบสำคัญของหลักนิติรัฐประกอบด้วยหลักการย่อย 2 ประการ คือ<sup>18</sup>

#### 2.3.1 หลักความมาก่อนของกฎหมาย

หลักความมาก่อนของกฎหมาย หมายความว่า การกระทำของรัฐที่ออกมาในรูปของบทบัญญัติของกฎหมายย่อมอยู่ในลำดับที่มาก่อนการกระทำอื่นๆ ของรัฐที่เป็นการ

<sup>16</sup> ขวัญชัย สันตสว่าง, “หลักการว่าด้วยการกระทำในทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย”, บทบัตินิติศาสตร์ 2531, 44 ตอน 4

<sup>17</sup> “เรื่องเดียวกัน”, ตอน 4

<sup>18</sup> วรเจตน์ ภาศิริตัน, *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง: หลักการพื้นฐานในกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง*, หน้า 20 - 26

กระทำทางปกครอง ซึ่งการกระทำทั้งหลายขององค์กรฝ่ายปกครองไม่อาจขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติของกฎหมายได้<sup>19</sup> หลักการนี้กำหนดให้องค์กรฝ่ายปกครองต้องผูกพันตนต่อกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในบ้านเมือง การผูกพันต่อกฎหมายขององค์กรฝ่ายปกครองอาจมีได้ 2 ลักษณะ คือ กรณีที่กฎหมายกำหนดหน้าที่ให้องค์กรฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติตามองค์กรฝ่ายปกครองย่อมมีหน้าที่ที่ต้องปฏิบัติตามที่กฎหมายกำหนดไว้ แต่หากกฎหมายไม่ได้กำหนดหน้าที่ให้องค์กรฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติตามกล่าวคือ เป็นกรณีที่องค์กรฝ่ายปกครองตัดสินใจดำเนินการตามแผนการปกครองเพื่อให้ชีวิตความเป็นอยู่ของประชาชนดีขึ้น เช่น การสร้างสวนสาธารณะ ฯลฯ ฝ่ายปกครองมีหน้าที่ต้องละเว้นไม่กระทำการนั้นให้ขัดต่อกฎหมายบ้านเมืองที่ใช้บังคับอยู่ เหตุผลพื้นฐานของการกำหนดให้การกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมายก็เนื่องมาจากหลักความเป็นเอกภาพของอำนาจรัฐและความเป็นเอกภาพในระบบกฎหมาย เพราะหากยอมให้องค์กรฝ่ายปกครองกระทำการอันขัดต่อกฎหมายได้โดยไม่มีผลร้ายใดๆ ตามมาแล้ว กฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อใช้บังคับในรัฐก็จะหาความหมายอันใดมิได้ ด้วยเหตุนี้องค์กรฝ่ายปกครองจึงไม่สามารถกำหนดมาตรการทางกฎหมายใดๆ ให้ขัดต่อกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในบ้านเมืองได้

### 2.3.2 หลักไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจ

หลักกฎหมายนี้ได้กำหนดว่าองค์กรฝ่ายปกครองจะกระทำการใดๆ ก็ต่อเมื่อมีกฎหมาย มอบอำนาจให้แก่องค์กรฝ่ายปกครองในการกระทำนั้น ในขณะที่หลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมายเรียกร้องแต่เพียงให้องค์กรฝ่ายปกครองกระทำอยู่ในกรอบของกฎหมายเท่านั้น หลักไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจเรียกร้ององค์กรฝ่ายปกครองนั้นจะต้องมีฐานทางกฎหมายรองรับ เหตุผลเบื้องหลังหลักไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ อาจอธิบายได้โดยหลักประชาธิปไตยในระบบรัฐสภา หลักนิติรัฐและหลักการประกันสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐาน กล่าวคือ รัฐสภาซึ่งมีสมาชิกได้รับการเลือกตั้งโดยตรงจากประชาชนเป็นองค์กรที่มีความชอบธรรมมากที่สุดในการตัดสินใจในเรื่องต่างๆ ที่สำคัญอันกระทบต่อการอยู่ร่วมกันของประชาชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งการกำหนดกฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับแก่ประชาชน ด้วยเหตุนี้หากจะยอมให้องค์กรฝ่ายปกครองเป็นผู้กำหนดกฎเกณฑ์ที่ดังกล่าวก็จะต้องมีการมอบอำนาจจากรัฐสภา ซึ่งจะยอมให้องค์กรฝ่ายปกครองกำหนดกฎเกณฑ์ขึ้นใช้บังคับตามอำเภอใจโดยอำนาจของตนเองหาได้ไม่ ส่วนหลักนิติรัฐเรียกร้องให้มีการกำหนดนิติสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับประชาชนในรูปของกฎหมายที่ใช้บังคับเป็นการทั่วไป ทั้งนี้เพื่อให้ประชาชนจะได้คาดหมายได้ล่วงหน้าก่อนที่จะกระทำการใดๆ ลงไปว่ากฎหมายต้องการให้ประพฤติอย่างไร การกำหนดกฎเกณฑ์ที่มีผลเป็นการทั่วไปดังกล่าวจะกำหนดโดยองค์กรฝ่าย

<sup>19</sup> บรรเจิด สิงคนดี, *หลักการพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540*, กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2543, หน้า 26

ปกครองไม่ได้ เว้นแต่จะได้รับการมอบหมายจากรัฐสภา ในที่สุดแล้วเรายังอาจให้เหตุผลสำหรับการยอมรับหลักไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจได้จากหลักการประกันสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานซึ่งกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ โดยการตรากฎหมายจำกัดสิทธิเสรีภาพจะทำได้ก็แต่โดยรัฐสภา และภายใต้เงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ ดังนั้น องค์กรฝ่ายปกครองไม่อาจกระทำการใดๆ ที่เป็นการล่วงล้ำเข้าไปในแดนแห่งสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ หากรัฐสภาไม่ได้ตรากฎหมายมอบอำนาจ

### 3. ความหมาย และประเภทของการกระทำทางปกครอง

#### 3.1 ความหมายของการกระทำทางปกครอง

การกระทำทางปกครองมีความหมายกว้างมาก รวมถึงการกระทำทุกอย่าง เช่น การบอกกล่าว การจ่ายเงิน การจัดการสิ่งกีดขวางจราจร การสร้างหรือรื้อสิ่งปลูกสร้าง การขนส่ง การยิงปืนของเจ้าพนักงานตำรวจ การให้ความเห็น การดูแลอาคาร การสร้างสถานที่ของทางราชการ เป็นต้น แม้ในทางปฏิบัติการกระทำต่างๆ ไปทางปกครองจะมีบทบาทมาก แต่ในทางกฎหมายแล้วถือว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำทางปกครองอย่างธรรมดา<sup>20</sup> ไม่มีบทบาทในทางกฎหมายแต่อาจมีผลในทางแพ่งในลักษณะนิติกรรมหรือนิติเหตุก็ได้<sup>21</sup>

การนิยามคำว่า “การกระทำทางปกครอง” นั้นอาจทำได้ 2 วิธี คือ โดยพิจารณาถึงลักษณะของการกระทำทางปกครองนั้นๆ วิธีหนึ่งและโดยพิจารณาว่าการกระทำนั้นๆ มาจากองค์กรฝ่ายปกครองอีกวิธีหนึ่ง<sup>22</sup> ซึ่งการให้ความหมายดังกล่าวก็คือการนิยามในเชิงปฏิเสธประการหนึ่ง ซึ่งหมายถึง การกระทำของรัฐที่ไม่ใช่การกระทำทางนิติบัญญัติหรือทางตุลาการ แต่เป็นอำนาจในฝ่ายบริหารที่เป็นฝ่ายปกครองมิใช่ฝ่ายการเมือง ประการที่สองการนิยามในเนื้อหาของการกระทำทางปกครอง ซึ่งก็คือ การกระทำที่มีลักษณะในการกำหนดสิทธิหน้าที่ของประชาชน เปลี่ยนแปลงหรือระงับสิทธิของประชาชนซึ่งรวมถึง การกระทำที่ให้คุณประโยชน์แก่ประชาชนและการวางแผนต่างๆ ของฝ่ายปกครองด้วย<sup>23</sup> การกระทำทางปกครองเหล่านี้จะไม่รวมถึงการกระทำของฝ่ายปกครองในทางแพ่งรวมอยู่ด้วย กล่าวอีกนัยหนึ่ง การกระทำทางปกครองก็คือ การกระทำหรือการ

<sup>20</sup> กมลชัย รัตนสกววงศ์, *องค์ประกอบของนิติกรรมทางปกครอง: หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน*, กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544, หน้า 141

<sup>21</sup> กมลชัย รัตนสกววงศ์, *กฎหมายปกครอง คำบรรยาย บทความ รายงานการศึกษา*, กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2539, หน้า 13

<sup>22</sup> ประยูร กาญจนกุล, *คำบรรยายกฎหมายปกครอง*, กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2538, หน้า 158

<sup>23</sup> กมลชัย รัตนสกววงศ์, *กฎหมายปกครอง คำบรรยาย บทความ รายงานการศึกษา*, หน้า 14 - 15

ละเว้นกระทำทุกประเภทของ “องค์กรทางปกครอง” ซึ่งผลอาจเป็นการเปลี่ยนแปลงหรือก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิหน้าที่ของเอกชนหรือก่อให้เกิดความรับผิดชอบขององค์กรทางปกครองได้<sup>24</sup>

ศาสตราจารย์ ดร. วรพจน์ วิศรุตพิชญ์<sup>25</sup> ได้ให้ความหมายของการกระทำทางปกครองว่าการกระทำทางปกครอง คือ ผลผลิตของการใช้อำนาจรัฐตามกฎหมายขององค์กรของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง

การกระทำของฝ่ายปกครองจึงเป็นเครื่องมือที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ในการดำเนินงานทางปกครองบรรลุผลลงได้ แต่เนื่องจากการกิจในการปกครองมีความหลากหลายมาก รูปแบบและประเภทของการกระทำขององค์กรฝ่ายปกครองจึงหลากหลายตามไปด้วย ทั้งนี้เป็นที่ยอมรับกันทั่วไปว่าองค์กรฝ่ายปกครองมีความสามารถดำเนินกิจกรรมทางปกครองไม่เฉพาะแต่ในแดนของกฎหมายมหาชนซึ่งองค์กรฝ่ายปกครองมีอำนาจเหนือกว่าเอกชนเท่านั้น หากแต่องค์กรฝ่ายปกครองยังอาจกระทำการในแดนของกฎหมายเอกชนในฐานะที่เท่าเทียมกับเอกชนคนอื่นๆ ได้อีกด้วย<sup>26</sup>

การกระทำทางปกครองซึ่งเป็นการกระทำโดยองค์กรฝ่ายปกครองนั้น ในทางกฎหมายสามารถแยกออกได้ 2 ลักษณะ คือ การกระทำที่เป็นนิติกรรม (Juristic Act) และการกระทำทางข้อเท็จจริง (Real Act) หรือการกระทำที่เป็นการปฏิบัติกร

(1) การกระทำทางปกครองที่เป็น “นิติกรรม” นั้นเป็นการแสดงออกซึ่งเจตนาของรัฐโดยผ่านเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มุ่งจะผูกสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลหรือนัยหนึ่งเป็นการกระทำที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมุ่งที่จะก่อตั้งความสัมพันธ์ทางสิทธิและหน้าที่ระหว่างเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกับเอกชน ในการพิจารณาว่าการกระทำใดเป็นนิติกรรมทางปกครองหรือไม่นั้น อาจเทียบเคียงได้กับกฎหมายเอกชนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 149 การใดๆ ที่จะเป็นนิติกรรมในทางแพ่งนั้น ต้องเป็นการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวเพื่อจะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับซึ่งสิทธิได้โดยการแสดงเจตนาของผู้นั้น<sup>27</sup>

(2) การกระทำทางปกครองที่เป็น “ปฏิบัติกร” นั้นเป็นการกระทำที่ใช้กำลังทางกายภาพเข้ามาดำเนินการเพื่อให้เป็นไปตามสิทธิและหน้าที่ เช่น เจ้าพนักงานตำรวจใช้รถยนต์

<sup>24</sup> ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒน์สานต์, *กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง*, กรุงเทพฯ: จีระวิชาการพิมพ์, 2540, หน้า 99

<sup>25</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “การกระทำทางปกครอง”, *เอกสารประกอบการอบรมหลักสูตรพนักงานคดีปกครองระดับต้น รุ่น 1*, 2543, หน้า 1

<sup>26</sup> วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, *หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง*, กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2546, หน้า 69

<sup>27</sup> ฤทัย หงส์ศิริ, “นิติกรรมทางปกครอง: ความหมายและขอบเขต”, กรุงเทพฯ: ดุลพาห 43, 2, หน้า 108

ที่ห้ามจอด การรื้อสิ่งปลูกสร้างในคูคลองสาธารณะที่ปลูกสร้างผิดกฎหมายหรือการใช้กำลังเข้าจับกุม ผู้กระทำผิดกฎหมาย เป็นต้น ถือเป็นกรกระทำที่เป็นการปฏิบัติการทางปกครองหรือการกระทำทางข้อเท็จจริง มิใช่การกระทำที่เป็นนิติกรรม และเฉพาะการกระทำที่เป็นนิติกรรมเท่านั้นที่จะก่อให้เกิดปัญหาเรื่องความสมบูรณ์ และไม่สมบูรณ์หรือในเรื่อง โฆษะกรรมหรือ โฆษะกรรมขึ้นได้ ส่วนการปฏิบัติการหรือการกระทำทางข้อเท็จจริงนั้น ไม่มีปัญหาในเรื่องนี้ เพราะการกระทำได้เกิดขึ้นจริงๆ แล้ว มีปัญหาที่เฉพาะเรื่องการใช้ค่าเสียหาย หรือการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นเท่านั้น<sup>28</sup>

### 3.2 ประเภทของการกระทำทางปกครอง

การกระทำที่เป็นนิติกรรมนั้นแยกออกได้เป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวและนิติกรรมสองฝ่าย นิติกรรมฝ่ายเดียว หมายถึง นิติกรรมที่ทำลงโดยบุคคลฝ่ายเดียว ส่วนนิติกรรมสองฝ่ายเกิดจากการแสดงเจตนาของบุคคลสองฝ่าย กล่าวคือ ต้องมีการทำคำเสนอและคำสนองแลกเปลี่ยนเจตนาซึ่งกันและกัน และเมื่อถูกต้องสอดคล้องต้องกันก็เกิดเป็นสัญญาขึ้นในทางกฎหมายปกครองก็คือสัญญาทางปกครองนั่นเอง ดังนั้น เราจึงอาจให้ความหมายของคำว่านิติกรรมทางปกครองว่า หมายถึง การอันองค์ของรัฐฝ่ายปกครอง องค์การอื่นของรัฐ หรือองค์การเอกชนอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเสมือนกับพระราชบัญญัติทำลงแทนหน่วยงานของรัฐ ฝ่ายบริหาร หน่วยงานอื่นของรัฐ และในนามของหน่วยงานดังกล่าวแต่เพียงหน่วยงานเดียวเพื่อแสดงเจตนาให้ปรากฏต่อบุคคลหนึ่งหรือคณะบุคคลหนึ่งว่าตนประสงค์จะให้เกิดผลทางกฎหมายเป็นการสร้าง นิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างหน่วยงานของรัฐ ฝ่ายบริหาร หรือหน่วยงานอื่นของรัฐกับบุคคลคนนั้นหรือคณะคนนั้น โดยที่บุคคลนั้นหรือคณะบุคคลนั้นไม่จำเป็นต้องให้ความยินยอม<sup>29</sup>

นิติกรรมฝ่ายเดียวในทางกฎหมายมหาชนหรือกฎหมายปกครองนั้น ปรากฏใน 2 ลักษณะ คือ ลักษณะทั่วไปที่เป็นนามธรรม และลักษณะเฉพาะที่เป็นรูปธรรม นิติกรรมฝ่ายเดียวทั่วไปจะอยู่ในรูปของข้อกำหนดความประพฤติของบุคคลทั่วไปไม่ได้กำหนดเฉพาะเจาะจงตัวบุคคล และในขณะเดียวกันข้อกำหนดนั้นมีลักษณะนามธรรมด้วย กล่าวคือ กำหนดสิทธิหรือหน้าที่ให้แก่บุคคลในลักษณะกฎเกณฑ์ทั่วไป ได้แก่ กฎหมายลำดับรอง เช่น พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง หรือ ประกาศกระทรวง เป็นต้น แต่นิติกรรมฝ่ายเดียวลักษณะเฉพาะนั้นมีลักษณะเป็นรูปธรรม คือ เป็นข้อกำหนดสำหรับบุคคลอย่างเฉพาะเจาะจงจนสามารถทราบได้ว่าเป็นใคร และเป็นข้อกำหนดเฉพาะที่เป็นข้อเท็จจริงเฉพาะเรื่องเป็นรูปธรรมที่เรียกว่า “คำสั่งทางปกครอง” ดังนั้น

<sup>28</sup> สมยศ เชื้อไทย, *หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น*, หน้า 251

<sup>29</sup> วรพจน์ วิสสุตพิชญ์, “การกระทำทางปกครอง”, *วารสารวิชาการ ศ.ดร.อมร จันทรมบูรณ์*, กรุงเทพฯ:

นิติกรรม ฝ่ายเดียวที่มีลักษณะทั่วไปหรือกฎเกณฑ์ทั่วไป จึงมีลักษณะเช่นเดียวกับกฎหมาย ซึ่งเป็นกฎเกณฑ์เกี่ยวกับความประพฤติของบุคคลที่มีลักษณะทั่วไป และเป็นนามธรรม กฎเกณฑ์ทั่วไปนี้ความจริง ก็คือกฎหมายลำดับรองหรือ “กฎ” ที่ฝ่ายนิติบัญญัติมอบให้องค์กรฝ่ายบริหารเป็นผู้ออกนั้นเองและเมื่อพิจารณาว่าการกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้นก็คือการบังคับใช้กฎหมายในกรณีเฉพาะราย ซึ่งโดยธรรมชาติแล้วมีแนวโน้มที่จะเป็นการใช้อำนาจตามอำเภอใจหรือใช้อำนาจในทางที่ผิดเพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิของเอกชน ในกรณีเหล่านี้ย่อมอยู่ภายใต้การควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครองไม่ว่าจะเป็นการควบคุมภายในฝ่ายปกครองเองก็ดี หรือการควบคุมภายนอกก็ดี โดยทั่วไปแล้วต้องถือว่าการกระทำในทางกฎหมายที่เป็นความสัมพันธ์ภายนอกเป็นวัตถุประสงค์แห่งการกระทำที่อยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบขององค์กรทั้งภายในและภายนอกฝ่ายปกครอง<sup>30</sup>

เนื่องจากการกระทำทางปกครองที่เป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวมีลักษณะพิเศษที่แตกต่างจากนิติกรรมฝ่ายเดียวทางเอกชนหรือนิติกรรมในทางกฎหมายแพ่งในทางปฏิบัติ และในทางวิชาการกฎหมายปกครองในบางประเทศ เช่น ประเทศสหพันธรัฐเยอรมนีจึงกำหนดให้เป็นสาระสำคัญของนิติกรรมทางปกครอง กล่าวคือ นิติกรรมฝ่ายเดียวในทางกฎหมายปกครองหรือกฎหมายมหาชนนั้น องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองสามารถแสดงเจตนากำหนดสิทธิหน้าที่ให้เอกชนได้ฝ่ายเดียวโดยที่เอกชนไม่จำเป็นต้องให้ความยินยอมด้วย ซึ่งต่างจากนิติกรรมฝ่ายเดียวในทางกฎหมายแพ่งหรือกฎหมายเอกชนที่เอกชนไม่สามารถกำหนดสิทธิหน้าที่ให้บุคคลอื่นโดยที่เขาไม่ยินยอม ทั้งนี้เพราะว่าในทางกฎหมายเอกชนนั้น เอกชนมีฐานะที่เท่าเทียมกัน แต่ในทางกฎหมายมหาชนรัฐหรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองซึ่งเป็นองค์กรของรัฐหรือนัยหนึ่งก็คือรัฐย่อมมีฐานะเหนือกว่าเอกชน เพราะเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีหน้าที่คุ้มครองประโยชน์มหาชนหรือประโยชน์ส่วนรวม โดยใช้อำนาจให้บรรลุนิติภารกิจของรัฐ ส่วนเอกชนนั้นกระทำการต่างๆ เพื่อประโยชน์ส่วนตัวจึงมีฐานะที่ต่ำกว่า ด้วยเหตุนี้นิติกรรมฝ่ายเดียวในทางกฎหมายปกครองส่วนใหญ่จึงอยู่ในลักษณะเป็นการสั่งการหรือคำสั่งให้เอกชนกระทำหรือละเว้นการกระทำบางอย่างโดยหนึ่ง ก็คือการกำหนดสิทธิหน้าที่ให้แก่บุคคลฝ่ายเดียวนั้นเอง

นอกจากนี้หากจำแนกประเภทของการกระทำทางปกครองในลักษณะของกฎหมาย สามารถแบ่งออกได้ 2 ประเภท ดังนี้

(1) การกระทำขององค์กรฝ่ายปกครอง ในแดนของกฎหมายเอกชนในการดำเนินกิจกรรมทางปกครอง โดยหลักแล้วองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะกระทำการในแดนของกฎหมายมหาชนเป็นหลัก เนื่องจากแดนของกฎหมายมหาชนเป็นแดนที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจเหนือกว่า

<sup>30</sup> บรรเจิด สิงคนดิ, *หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง*, กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2552, หน้า 15



เอกชน ฝ่ายปกครองจึงสามารถดำเนินการต่างๆ ได้ภายในกรอบของกฎหมายโดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากเอกชนแต่อย่างใด ยิ่งไปกว่านั้นในหลายกรณีฝ่ายปกครองไม่อาจที่จะเลือกกระทำการในแดนของกฎหมายเอกชนได้เลย ได้แต่กระทำการในแดนของกฎหมายมหาชนเท่านั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่ฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติการกิจการที่เกี่ยวกับการรักษาความปลอดภัยสาธารณะ เช่น การออกคำสั่งให้รื้อถอนอาคารที่ปลูกสร้างโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย และอยู่ในลักษณะที่น่าจะเป็นอันตราย ซึ่งถือเป็นเรื่องมือทางกฎหมายมหาชนที่กำหนดให้ฝ่ายปกครอง ซึ่งจัดทำหรือกำกับดูแลการจัดทำบริการสาธารณะ มีอำนาจพิเศษที่สำคัญที่มีลักษณะพิเศษแตกต่างไปจากวิธีการทางกฎหมายเอกชน ซึ่งเรียกว่า อำนาจพิเศษของฝ่ายปกครองหรือเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง (Les Prerogatives de Lapuissance Publique) อำนาจพิเศษของฝ่ายปกครองนี้เป็นอำนาจฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองที่มีเหนือเอกชนใช้เพื่อประโยชน์ในการจัดทำบริการสาธารณะ<sup>31</sup>

(2) การกระทำขององค์กรฝ่ายปกครองในแดนของกฎหมายปกครอง การกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในแดนของกฎหมายปกครองมีความหลากหลายทำนองเดียวกับความซับซ้อนหลากหลายขององค์กรฝ่ายปกครองเอง ในทางวิชาการเราอาจจำแนกประเภทของการกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้หลายรูปแบบ เช่น จำแนกออกเป็นการกระทำที่มุ่งต่อผลทางกฎหมาย ภายในองค์กรฝ่ายปกครอง และการกระทำที่มุ่งต่อผลทางกฎหมายภายนอกองค์กรฝ่ายปกครอง หรือจำแนกออกเป็นการกระทำที่มุ่งต่อผลทางกฎหมายเป็นการทั่วไป และการกระทำที่มุ่งต่อผลทางกฎหมายเฉพาะราย แต่การจำแนกที่น่าจะทำให้เราเห็นภาพของการกระทำขององค์กรฝ่ายปกครองในแดนของกฎหมายปกครองได้ดีกว่าการจำแนกอย่างอื่น ได้แก่ การจำแนกการกระทำขององค์กรฝ่ายปกครองออกเป็นการกระทำในทางข้อเท็จจริง และการกระทำที่มุ่งต่อผลในทางกฎหมาย<sup>32</sup>

#### 4. ความหมาย องค์ประกอบ ประเภทและผลของคำสั่งทางปกครอง

##### 4.1 ความหมายของคำสั่งทางปกครอง

แนวความคิดว่าด้วย “คำสั่งทางปกครอง” เป็นศัพท์ทางกฎหมายที่พัฒนามาจากแนวความคิดในเรื่อง “Act Administratif” ในกฎหมายปกครองฝรั่งเศส และ “Verwaltungsakt” ในกฎหมายปกครองเยอรมัน โดยนักวิชาการกฎหมายมหาชนไทยได้ยอมรับ ใช้และแปลคำศัพท์ทั้งสองนี้ว่า “นิติกรรมทางปกครอง” อย่างไรก็ตามยังคงมีปัญหาความชัดเจนในการแปลคำศัพท์ทั้ง

<sup>31</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, *หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ*, กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2547, หน้า 133

<sup>32</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง*, หน้า 73

สองนี้เหมือนกัน เนื่องจากขอบเขตแห่งเนื้อหาของคำว่า “Act Administratif” ในกฎหมายปกครองฝรั่งเศส และ “Verwaltungsakt” ในกฎหมายปกครองเยอรมัน นั้นต่างกัน โดย “Verwaltungsakt” ตามมาตรา 35วรรคแรก แห่ง VwVfG<sup>33</sup> บัญญัติความหมายไว้ว่า หมายถึง “คำสั่ง คำวินิจฉัย หรือมาตรการทางปกครองใดๆ ที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในการกำหนดกฎเกณฑ์เฉพาะเรื่อง เฉพาะราย ที่มีผลโดยตรงไปสู่ภายนอกในขอบเขตของกฎหมายมหาชน” ส่วน “Act Administratif” ในกฎหมายปกครองฝรั่งเศสนั้น พัฒนามาจากคำวินิจฉัยของ Conseil d Etat ซึ่ง โดยเนื้อหาแห่งความหมายว่า “การแสดงออกซึ่งเจตนาของฝ่ายปกครองในอันที่จะก่อให้เกิดความเคลื่อนไหวในสิทธิหน้าที่ของเอกชนตามกฎหมายปกครอง” ในความหมายปกครองของประเทศฝรั่งเศสจะเห็นได้ว่ามีความหมายรวมทั้ง กฎเกณฑ์ที่เป็นกรณีเฉพาะเรื่องเฉพาะราย และกรณีทั่วไปด้วยซึ่งมีความหมายที่กว้างกว่าความหมายของกฎหมายปกครองเยอรมัน

อาจกล่าวได้ว่าก่อนมีพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 ใช้บังคับ แนวความคิดเรื่องนี้ในส่วนของกฎหมายปกครองไทยนั้นได้รับอิทธิพลอย่างสูงจากกฎหมายปกครองฝรั่งเศส ดังนั้น จึงใช้คำว่า “นิติกรรมทางปกครอง” ในความหมายร่วมกับกฎหมายปกครองฝรั่งเศส แต่เมื่อพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 ใช้บังคับแล้ว มาตรา 5 ได้ใช้ศัพท์คำว่า “คำสั่งทางปกครอง” แทน คำว่า “นิติกรรมทางปกครอง” โดยให้นิยามว่า “คำสั่งทางปกครอง” หมายความว่า “การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นต่อบุคคลในอันที่จะก่อเปลี่ยนแปลง โอน สงวนหรือระงับหรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว เช่น การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรองและการรับจดทะเบียน แต่ไม่หมายความถึง การออกกฎ” การให้นิยามเช่นนี้เป็นการสอดคล้องกับแนวความคิดของ “Verwaltungsakt” ในกฎหมายปกครองเยอรมัน

ดูเหมือนปัญหาเกี่ยวกับความชัดเจนว่าจะใช้คำว่า “นิติกรรมทางปกครอง” ย่อมหมดไป โดยหันมาใช้คำว่า “คำสั่งทางปกครอง” แทน โดยให้มีขอบเขตเช่นเดียวกับ “Verwaltungsakt” นั้นเอง แต่อย่างไรก็ตาม คำว่า “นิติกรรมทางปกครอง” จะถูกลบล้างไปก็หาใช่ เนื่องด้วยนัก

---

<sup>33</sup> *Verwaltungsverfahrensgesetz 1976 35VwVfG Begriff des Verwaltungsaktes.* Verwaltungsakt ist jede Verfügung, Entscheidung odere hoeitlinhe Mabnahme, die eine Behorde zur Regelung eines Einzelfalles auf dem Gebiet des öffentlichen Rechtstrifft und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach auben gerichtet ist. Allgemeinverfugung ist ein Verwaltungsakt, der sich an einen nach allgemeinen Merkmalen bestimmten oder bestimmbsren Personenkreis richtet oder die öffentliche Eigenschaft einer Sache oder iher Benutzung durch die Allgemeinheit betrifft

กฎหมายมหาชนส่วนใหญ่ยังคงใช้คำว่า “นิติกรรมทางปกครอง” อยู่ ประกอบกับการดำรงอยู่ของความหมายของคำว่า “นิติกรรมทางปกครอง” ที่มีความโน้มเอียงไปทาง “Act Administratif” ของฝรั่งเศสนั้นย่อมมีประโยชน์ในกรณีที่ต้องการที่จะกล่าวถึงการแสดงเจตนาของฝ่ายปกครองในการกำหนดกฎเกณฑ์ที่มีผลไปสู่นอกในขอบเขตของกฎหมายปกครอง ไม่ว่าจะ เป็นกรณีเฉพาะเรื่องเฉพาะรายหรือกรณีทั่วไป กล่าวอีกในหนึ่งก็คือ “คำสั่งทางปกครอง” ในระบบกฎหมายปกครองไทยนั้นเป็นมาตรการประเภทหนึ่งใน “นิติกรรมทางปกครอง”

ในการดำเนินกิจกรรมทางปกครองจำเป็นต้องมีองค์ประกอบฝ่ายปกครองจะต้องมีเครื่องมือที่ต้องใช้เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ในการดำเนินงานทางปกครองโดยเครื่องมือในการดำเนินกิจกรรมทางปกครองของฝ่ายปกครองมีอยู่หลายอย่างด้วยกัน กล่าวคือ ฝ่ายปกครอง อาจกระทำการที่มุ่งผลในทางข้อเท็จจริงโดยไม่ก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่อันเป็นการกระทำทางกายภาพที่เรียกว่า “ปฏิบัติการทางปกครอง” หรือฝ่ายปกครองอาจกระทำการที่ต้องการมุ่งผลในทางกฎหมาย โดยการก่อให้เกิดเปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับซึ่งสิทธิและหน้าที่ของเอกชนซึ่งได้แก่ การออกกฎหรือการออกคำสั่งทางปกครอง แต่อย่างไรก็ตามการดำเนินการของฝ่ายปกครองที่ฝ่ายปกครองนิยมใช้มากที่สุด คือ การออกคำสั่งทางปกครอง ซึ่งหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกลางในการดำเนินการเพื่อออกคำสั่งทางปกครองนั้นจะถูกกำหนดไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 ว่าฝ่ายปกครองจะต้องเตรียมการและการดำเนินการอย่างไร เพื่อให้การใช้อำนาจเป็นไปโดยถูกต้องและไม่เกิดความเสียหายต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 ได้กำหนดนิยาม “คำสั่งทางปกครอง” หมายความว่า

(1) การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นต่อบุคคลในอันที่จะก่อให้เกิดเปลี่ยนแปลง โอน สงวนหรือระงับหรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว เช่น การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรองและการรับจดทะเบียน แต่ไม่หมายความถึง การออกกฎ

(2) การอื่นที่กำหนดในกฎกระทรวง ซึ่งต่อมาได้มีกฎกระทรวง ฉบับที่ 12 (พ.ศ.2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 กำหนดให้การดำเนินงานของเจ้าหน้าที่ดังต่อไปนี้เป็นคำสั่งทางปกครอง

- การสั่งรับหรือไม่รับคำเสนอขาย รับจ้าง เปลี่ยนแปลง ให้เช่า เช่าหรือให้สิทธิประโยชน์

- การอนุมัติตั้งชื่อ จ้าง เปลี่ยนแปลง เช่า ขาย ให้เช่า หรือให้สิทธิประโยชน์

- การสั่งยกเลิกกระบวนการพิจารณาคำเสนอหรือการดำเนินการอื่นใดในลักษณะเดียวกัน

- การสั่งให้เป็นผู้ทำงาน
- การให้หรือไม่ให้ทุนการศึกษา

ดังนั้น ในระบบกฎหมายปกครองไทย คำสั่งทางปกครองจึงมีความหมาย คือ ความหมายตามที่องค์กรฝ่ายปกครองจะได้รับบัญญัติเป็นกรณีไปในกระทรวง ประการหนึ่งและความหมายโดยแท้ อีกประการหนึ่ง เหตุที่พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 มอบอำนาจให้ฝ่ายปกครองสามารถกำหนดว่า การใดหรือคำสั่งลักษณะใดเป็นคำสั่งทางปกครอง ได้ก็เนื่องจากบางกรณีอาจมีข้อโต้แย้งกันได้ว่าคำสั่งใดคำสั่งหนึ่งเป็นคำสั่งทางปกครองหรือไม่ การที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจกำหนดว่าการใดเป็นคำสั่งทางปกครองได้เอง ย่อมจะช่วยให้เกิดความไม่แน่นอนชัดเจน และทำให้บุคคลผู้รับคำสั่งทราบสิทธิหน้าที่ของตนว่าตนจะต้องดำเนินการอย่างไรต่อไป อย่างไรก็ตามองค์กรฝ่ายปกครองพึงใช้อำนาจนี้ด้วยความระมัดระวัง และควรพิจารณาความหมายโดยแท้ของคำสั่งทางปกครองประกอบ ตลอดจนผลที่จะเกิดขึ้นตามมาจากการกำหนดให้การใดการหนึ่งเป็นคำสั่งทางปกครองด้วยเสมอ

#### 4.2 องค์ประกอบของคำสั่งทางปกครอง

เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 สามารถอธิบายแยกเป็นองค์ประกอบของคำสั่งทางปกครองได้ ดังนี้

##### 4.2.1 เป็นการกระทำโดยเจ้าหน้าที่

เจ้าหน้าที่ขององค์กรฝ่ายปกครองจัดว่าเป็นส่วนหนึ่งของฝ่ายปกครองหรือองค์กรฝ่ายปกครอง เพราะกิจการทั้งหลายที่อยู่ในความอำนาจหรือในความควบคุมนั้นจะเป็นผลสำเร็จได้หรือไม่ย่อมขึ้นอยู่กับเจ้าหน้าที่ผู้ดำเนินการเป็นสำคัญ หากเจ้าหน้าที่ของฝ่ายปกครองปฏิบัติหน้าที่ตามวัตถุประสงค์ขององค์กรฝ่ายปกครองโดยชอบกิจการบริการสาธารณะย่อมเป็นผลสำเร็จด้วยดี หากเจ้าหน้าที่ปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบหรือไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการจัดตั้งองค์กรฝ่ายปกครอง ผลเสียย่อมตกอยู่กับผู้รับบริการสาธารณะนั้นๆ<sup>34</sup> ซึ่งตามมาตรา 5 ได้กำหนดความหมายของคำสั่งทางปกครองจึงต้องเป็นการกระทำโดยเจ้าหน้าที่ และมาตรา 5 ก็ได้กำหนดคานียามของคำว่าเจ้าหน้าที่ไว้ว่า “เจ้าหน้าที่” หมายความว่า บุคคล คณะบุคคล หรือนิติบุคคล ซึ่งใช้อำนาจหรือได้รับมอบอำนาจทางปกครองของรัฐในการดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดตามกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการจัดตั้งขึ้นในระบบราชการ รัฐวิสาหกิจหรือกิจการอย่างอื่นของรัฐหรือไม่ก็ตาม ดังนั้น โดยสรุปเจ้าหน้าที่จึงหมายถึง เจ้าหน้าที่ของรัฐทั้งปวงซึ่งมีอำนาจหน้าที่จัดทำ

<sup>34</sup> อถาว เกียรติทับทิว, *กฎหมายปกครอง*, กรุงเทพฯ: ชวนพิมพ์, 2532, หน้า 168

บริการสาธารณะอันมีลักษณะเป็นราชการบริหารทั้งที่สังกัดราชการบริหารส่วนกลาง (กระทรวง ทบวง กรม) ราชการบริหารส่วนภูมิภาค (จังหวัด อำเภอ ตำบล หมู่บ้าน) และราชการส่วนท้องถิ่น (องค์การบริหารส่วนตำบล เทศบาล องค์การบริหารส่วนจังหวัด เมืองพัทยา กรุงเทพมหานคร)<sup>35</sup>

ลักษณะสำคัญข้อนี้มิได้พิจารณาเพียงว่าผู้ออกคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือไม่เท่านั้นแต่ยังรวมถึงกรณีที่มีการมอบอำนาจให้แก่องค์กรหรือบุคคลที่มีใช้เจ้าหน้าที่ของรัฐด้วยในการใช้อำนาจแทนรัฐและองค์กรของรัฐ เช่น สภานายความ แพทยสภา หรือองค์กรวิชาชีพอื่นๆ หรือในกรณีที่มีมอบอำนาจให้บริษัทเอกชน เช่น การตรวจสภาพรถยนต์และ ออกใบรับรองว่ารถยนต์คันที่มารับตรวจผ่านการตรวจสภาพแล้ว<sup>36</sup> เป็นต้น กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ การพิจารณาว่าการกระทำใดๆ จะเป็นการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือไม่ มิได้พิจารณาแต่เพียงทางด้านรูปแบบหรือองค์กรเท่านั้น แต่จะต้องพิจารณาถึงทางด้านเนื้อหาของการกระทำนั้นด้วย ลักษณะข้อนี้เป็นการแบ่งแยกระหว่างการกระทำขององค์กรที่มีใช้ฝ่ายรัฐออกจากการกระทำที่เป็นขององค์กรฝ่ายรัฐ และการตุลาการ

#### 4.2.2 เป็นการกระทำที่เป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายปกครอง

การใช้อำนาจรัฐในการสั่งการฝ่ายเดียวที่จะมีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครอง นั้นต้องเป็นการใช้อำนาจรัฐในทางปกครองเท่านั้น ในอารยะประเทศซึ่งปกครองโดยระบบ ประชาธิปไตยมักให้องค์กรของรัฐหลายองค์กรเข้ามาใช้อำนาจรัฐเพื่อให้มีการดูแลและคานอำนาจ เพื่อเป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชน<sup>37</sup> ได้แก่ การนิติบัญญัติ การบริหาร และการตุลาการ การกระทำที่จะเป็นคำสั่งทางปกครองนั้น จะต้องเป็นการใช้อำนาจบริหารในส่วนของใช้อำนาจปกครองเท่านั้น และการใช้อำนาจจะต้องเป็นการใช้อำนาจปกครองโดยพิจารณาจาก กฎหมายอันเป็นที่มาของการใช้อำนาจนั้นว่าเป็นกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ หรือระดับ รัฐธรรมนูญ กล่าวคือ หากองค์กรฝ่ายบริหารใช้อำนาจตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ ไม่ว่าจะเป็นเรื่องความ สัมพันธ์ระหว่างฝ่ายบริหารกับฝ่าย นิติบัญญัติ เช่น การอภิปรายไม่ไว้วางใจ การยุบสภา การ แต่งตั้งรัฐมนตรี การพิจารณาร่างกฎหมาย ฯลฯ หรือความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ เช่น การ ประกาศสงคราม การเจริญสัมพันธไมตรีกับต่างประเทศ ฯลฯ การดังกล่าวนี้บางกรณีเป็นการ กระทำของรัฐบาล โดยเป็นการกระทำของรัฐบาล โดยสภาพและบางกรณีเป็นการใช้อำนาจตาม

<sup>35</sup> ประยูร กาญจนกุล, คำบรรยายกฎหมายปกครอง, หน้า 19

<sup>36</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง: หลักการพื้นฐานในกฎหมายปกครอง และการกระทำทางปกครอง, หน้า 54

<sup>37</sup> ฤทัย หงส์ศิริ, “นิติกรรมทางปกครอง”, ในคู่มือการศึกษากฎหมายปกครอง, กรุงเทพฯ: สำนักอบรม กฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2545, หน้า 195

รัฐธรรมนูญซึ่งมิใช่การกระทำทางปกครองที่จะเป็นคำสั่งทางปกครอง หากฝ่ายบริหารทำการโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติย่อมเป็นการกระทำทางปกครอง เช่นเดียวกับองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ และฝ่ายตุลาการ หากการกระทำที่มีเนื้อหาเป็นการใช้อำนาจโดยตรงในอำนาจหน้าที่ของตนก็ย่อมไม่เป็นการกระทำทางปกครองตรงกันข้ามหากการกระทำอันมีลักษณะเป็นการกระทำทางปกครองแล้ว การกระทำนั้นย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองได้

มาตรการที่กระทำลงโดยเจ้าหน้าที่อันจะถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองนั้น จะต้องเป็นมาตรการอันเกิดจากการใช้อำนาจรัฐ และต้องเป็นอำนาจรัฐอันเป็นอำนาจมหาชน ประเภทที่เป็นอำนาจปกครอง องค์ประกอบข้อนี้บ่งบอกถึงการกระทำหลายประการของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ไม่ถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครอง และเป็นการจำกัดว่าคำสั่งทางปกครองจะต้องอยู่ในขอบเขตกฎหมายปกครองเท่านั้น กฎหมายอื่นๆ เช่น กฎหมายรัฐธรรมนูญ กฎหมายระหว่างประเทศ จึงไม่ได้อยู่ในเนื้อหาของคำสั่งทางปกครอง กล่าวคือ

1) การกระทำของเจ้าหน้าที่ที่กระทำลงในแดนของกฎหมายเอกชน เช่น การแสดงเจตนาบอกเลิกสัญญาเช่าอาคาร การริบมัดจำ มาตรการทางปกครองที่มีผลทางแพ่ง ถือว่าเรื่องในกฎหมายเอกชนไม่อาจใช้กฎเกณฑ์ข้อกำหนดของนิติกรรมทางปกครอง ส่วนการที่รัฐให้เงินช่วยเหลือเอกชนนั้นจะต้องแยกพิจารณาเป็นสองขั้นตอน ขั้นตอนแรกเป็นการพิจารณาว่าผู้ใดเหมาะสมและสมควรจะอนุมัติเงินช่วยเหลือดังกล่าวนี้หรือไม่ เป็นการใช้อำนาจปกครองจึงเป็นนิติกรรมทางปกครอง และขั้นตอนต่อมาเป็นการให้เงินช่วยเหลือซึ่งเป็นเรื่องในทางแพ่ง<sup>38</sup>

2) การกระทำอันเกิดจากการใช้อำนาจรัฐยอมเป็นการกระทำของเจ้าหน้าที่ซึ่งอาศัยอำนาจฝ่ายเดียวที่เหนือกว่าวินัยัยสั่งการ โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากเอกชนหรือบุคคลที่รับคำสั่ง การที่เจ้าหน้าที่เข้าตกลงกับเอกชนก่อตั้ง เปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกนิติสัมพันธ์แม้จะเป็นนิติสัมพันธ์ในแดนของกฎหมายปกครองก็ตาม การเข้าตกลงของเจ้าหน้าที่ไม่ถือว่าเป็นการใช้อำนาจเหนือกว่าจึงไม่เป็นคำสั่งทางปกครอง แต่อาจเป็นสัญญาทางปกครองได้

3) อำนาจรัฐที่เจ้าหน้าที่แสดงออกมาเป็นเงื่อนไขของคำสั่งทางปกครองนั้น ต้องเป็นอำนาจปกครอง ดังนั้น มาตรการใดๆ อันเกิดจากการใช้อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหารในลักษณะที่เป็นอำนาจรัฐบาล หรืออำนาจตุลาการ จึงไม่เป็นคำสั่งทางปกครอง

#### 4.2.3 เป็นการสร้างนิติสัมพันธ์

คำสั่งทางปกครองเป็นการกระทำที่มุ่งผลในทางกฎหมายที่มีลักษณะเป็นการกำหนดกฎเกณฑ์หรือนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคล โดยที่การกำหนดกฎเกณฑ์หรือนิติสัมพันธ์เป็น

<sup>38</sup> กมลชัย รัตนสกววงศ์, องค์ประกอบของนิติกรรมทางปกครอง: หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน, หน้า 148

การกระทำที่มีจุดมุ่งหมายเช่นนี้ คำสั่งทางปกครองจึงมีลักษณะเป็นการแสดงในทางกฎหมาย และด้วยเหตุนี้ จึงทำให้คำสั่งทางปกครองมีลักษณะแตกต่างจากการกระทำทางปกครองรูปแบบอื่น โดยเฉพาะอย่างยิ่งแตกต่างจากการปฏิบัติการทางปกครอง เพราะปฏิบัติการทางปกครองโดยทั่วไปแล้วไม่ค่อยมีผลในทางปกครองมากเท่าใดนัก แต่ถ้าหากเป็นการกระทำละเมิดหรือกระทบสิทธิของประชาชนก็อาจมีผลในทางแพ่งหรือทางอาญา ซึ่งเรียกว่า “ปฏิบัติการในทางปกครอง” หรือเป็นส่วนหนึ่งส่วนใดของการกระทำที่มีวัตถุประสงค์ในทางปกครองของฝ่ายปกครอง

ในขณะที่คำสั่งทางปกครองเป็นการแสดงเจตนาขององค์กรฝ่ายปกครอง โดยองค์กรเจ้าหน้าที่ของตนมุ่งกำหนดกฎเกณฑ์และนิติสัมพันธ์ กล่าวคือ ก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงในทางกฎหมายนั้น ปฏิบัติการทางปกครองเป็นการกระทำขององค์กรฝ่ายปกครองที่ไม่มุ่งหมายผลในทางกฎหมายแต่อย่างใด แต่เป็นการกระทำเพื่อให้บรรลุผลทางข้อเท็จจริงบางอย่าง บางประการ ทั้งนี้มีพิกัดคำนึงว่าผลในทางข้อเท็จจริงนั้นจะนำไปสู่ความรับผิดชอบในทางกฎหมายหรือไม่ ในส่วนของการก่อกำหนดนิติสัมพันธ์หรือกำหนดกฎเกณฑ์นั้น มีข้อสังเกตว่าการกำหนดกฎเกณฑ์หรือนิติสัมพันธ์ที่ จะเป็นคำสั่งทางปกครองได้นั้น โดยหลักแล้วจะต้องมีผลเป็นการปิดกระบวนการพิจารณาทางปกครอง ดังนั้น มาตรการใดๆ ขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองซึ่งเกิดจากการใช้อำนาจปกครอง หากเป็นเพียงการเตรียมการเพื่อกำหนดคำสั่งทางปกครองในชั้นปลายแล้ว แม้มาตรการดังกล่าวจะส่งผลกระทบต่อบุคคลที่อาจจะเป็นผู้รับ คำสั่งทางปกครองในท้ายที่สุดก็ยังไม่ถือว่าเป็นมาตรการนั้นเป็นคำสั่งทางปกครอง<sup>39</sup>

#### 4.2.4 มีผลโดยตรงออกไปภายนอกฝ่ายปกครอง

เพื่อป้องกันการใช้อำนาจตามอำเภอใจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง และเพื่อเป็นหลักประกันสิทธิ เสรีภาพของประชาชน และการดำเนินการของฝ่ายปกครองในความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชนที่ฝ่ายปกครองเข้าไปกล่าวถึง ก้าวล่วงไปในแดนแห่งสิทธิ เสรีภาพของเอกชนจึงกำหนดให้คำสั่งทางปกครองมีลักษณะเป็นการแสดงเจตนาของฝ่ายปกครองต่อเอกชนที่มีผลไปสู่ภายนอกเท่านั้น คือ นับแต่เวลาที่คำสั่งทางปกครองมีผลทางกฎหมาย โดยที่ตราบไต่ยังมีผลปรากฏอยู่ในฝ่ายปกครองเองก็ยังเป็นเพียงการเตรียมการ หรือการพิจารณาเพื่อออกคำสั่งทางปกครอง และเจ้าหน้าที่จะเปลี่ยนแปลงเช่นใดก็ได้ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งการกำหนดกฎเกณฑ์เพื่อกำหนดสถานภาพทางกฎหมายจะต้องมีผลเป็นการปิดกระบวนการพิจารณาทางปกครอง หากการกระทำใดของฝ่ายปกครองเป็นเพียงการเตรียมการ หรือเป็นส่วนหนึ่งของคำสั่งทางปกครองแล้ว แม้การกระทำดังกล่าวจะมีผลกระทบต่อบุคคลที่อาจจะเป็นผู้รับคำสั่งทางปกครองก็ตามในท้ายที่สุดก็ยังไม่ถือว่าเป็นการกระทำนั้นเป็นคำสั่งทางปกครอง เว้นแต่ การกระทำนั้นจะส่งผล

<sup>39</sup> วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง, หน้า 119

กระทบอย่างรุนแรงถึงขนาดสามารถแยกออกจากคำสั่งทางปกครองได้<sup>40</sup> ซึ่งการเตรียมการหรือการพิจารณา เพื่อออกคำสั่งทางปกครองนี้ย่อมไม่เป็นคำสั่งทางปกครอง

การมีผลโดยตรงไปสู่ภายนอกนี้มีข้อพิจารณาอีกประการหนึ่ง คือ การกระทำที่มีผลโดยตรงไปสู่ภายนอกต้องมีใช่เป็นกรณีที่เป็นการกระทำระหว่างเจ้าหน้าที่ด้วยกันซึ่งเป็นเรื่องความสัมพันธ์ภายในองค์กรฝ่ายปกครองตามระบบสายงานการบังคับบัญชา ด้วยเหตุนี้ระเบียบภายในขององค์กรฝ่ายปกครอง แนวปฏิบัติ หนังสือเวียน คำสั่ง หรือคำชี้แจงในการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจึงไม่ถือเป็นคำสั่งทางปกครอง เว้นแต่ ในกรณีที่เป็นการกระทบสิทธิขั้นพื้นฐานของเจ้าหน้าที่ผู้นั้น เช่น คำสั่งลงโทษทางวินัย เป็นต้น ทั้งนี้เนื่องจากเจ้าหน้าที่ของรัฐมีความสัมพันธ์กับรัฐพิเศษในการทำงานกับรัฐในสองฐานะ คือ ในฐานะแรกเป็นความสัมพันธ์พิเศษกับรัฐซึ่งเป็นเพียงกลไกหนึ่งซึ่งทำการแทน และในนามของรัฐมิได้มีสิทธิหน้าที่เป็นของตนเอง และอีกในฐานะหนึ่งซึ่งเป็นเช่นเดียวกับเอกชนทั่วไปในลักษณะคำสั่งที่มีผลกระทบในสถานภาพพื้นฐานในการทำงานกับรัฐ<sup>41</sup>

อย่างไรก็ตาม การมีผลออกไปภายนอกฝ่ายปกครองนี้ไม่ได้หมายความว่า จะต้องเป็นกรณีที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งกับประชาชนทั่วไปเท่านั้น แต่อาจจะเป็นกรณีที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่เป็นผู้บังคับบัญชาออกคำสั่งกับองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้ใต้บังคับบัญชาก็ได้ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับลักษณะของคำสั่งเป็นสำคัญ ถ้าเป็นกรณีที่องค์กรฝ่ายปกครองที่เป็นผู้บังคับบัญชาออกคำสั่งให้องค์กรฝ่ายปกครองที่เป็นผู้ใต้บังคับบัญชาปฏิบัติในฐานะที่องค์กรฝ่ายปกครองที่เป็นผู้ใต้บังคับบัญชามีสถานะเป็นส่วนหนึ่งขององค์กรแล้ว คำสั่งนั้นไม่ใช่คำสั่งทางปกครอง แต่เป็นคำสั่งภายในฝ่ายปกครอง แต่ถ้าองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่เป็นผู้บังคับบัญชาออกคำสั่งกับผู้ใต้บังคับบัญชา และคำสั่งกระทบกับสถานะส่วนตัวหรือสิทธิหน้าที่ส่วนบุคคลของผู้ใต้บังคับบัญชาที่ไม่ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งขององค์กรไม่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติหน้าที่ราชการโดยตรงแล้ว คำสั่ง ขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่เป็นผู้บังคับบัญชาดังกล่าวย่อมเป็นคำสั่งทางปกครอง

#### 4.2.5 มีผลเฉพาะกรณี

ลักษณะข้อนี้จะเป็นการแยกให้เห็นถึงความแตกต่างระหว่างการกระทำที่เป็นการเฉพาะเรื่องเฉพาะราย คือ “คำสั่งทางปกครอง” กับการกระทำที่เป็นการทั่วไป คือ “กฎ”

<sup>40</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง: หลักการพื้นฐานในกฎหมายปกครอง และการกระทำทางปกครอง*, หน้า 117 - 118

<sup>41</sup> สมยศ เชื้อไทย, *หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น*, หน้า 71 - 72



(นิติกรรมทางปกครองอีกรูปแบบหนึ่ง) “คำสั่งทางปกครอง” เป็นการกำหนดกฎเกณฑ์ฝ่ายเดียวที่มีผลเป็นรูปธรรมแห่งข้อเท็จจริงเฉพาะเรื่อง และมีผลกระทบต่อบุคคลเป็นการเฉพาะราย เช่น การออกใบอนุญาต การออกคำสั่งต่างๆ เป็นต้น ส่วน “กฎ” มีลักษณะที่คล้ายคลึงและมีลักษณะร่วมกับกฎหมาย คือ มีลักษณะไม่เจาะจงข้อเท็จจริงเรื่องใดเรื่องหนึ่ง และไม่เจาะจงในการใช้บังคับต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่ง (ใช้บังคับกับทุกคน) หรือในทางกลับกันการระบุตัวผู้รับคำสั่งทางปกครอง รวมถึงกลุ่มบุคคลที่เจาะจงตัวได้ด้วยในสถานการณ์ที่มีการรวมตัวของบุคคลเป็นจำนวนมาก เช่น คำสั่งให้สลายการชุมนุม ผู้รับคำสั่งทางปกครองก็คือ ผู้ร่วมในการชุมนุมนั่นเอง<sup>42</sup>

ในบางกรณีฝ่ายปกครองอาจกระทำการกำหนดกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริงที่เป็นรูปธรรม แต่ไม่อาจกำหนดจำนวนผู้รับคำสั่งได้ เช่น คำสั่งห้ามเข้าไปในบริเวณอาคารที่ชำรุด เครื่องมาย และสัญญาณจราจร ซึ่งมีลักษณะเป็นข้อเท็จจริงที่เป็นรูปธรรม แต่ไม่อาจกำหนดจำนวนผู้รับคำสั่งได้จึงเป็นผลใช้บังคับกับทุกคน เรียกว่า “คำสั่งทั่วไปทางปกครอง<sup>43</sup>” ซึ่งถือว่าเป็น “คำสั่งทางปกครอง” ประเภทหนึ่ง

### 4.3 ประเภทของคำสั่งทางปกครอง

ประเภทของคำสั่งทางปกครองสามารถแบ่งได้หลากหลายขึ้นอยู่กับจะเอาเรื่องใดมาเป็นหลักในการพิจารณา หรือเพื่อประโยชน์ในการพิจารณาเรื่องใดเรื่องหนึ่ง สำหรับการศึกษา ค้นคว้าอิสระนี้จะพิจารณาแบ่งประเภทของคำสั่งทางปกครองเพื่อประโยชน์ในการนำไปสู่ การศึกษาการออกคำสั่งให้รับผิดใช้คำสั่งใหม่ทดแทนของเจ้าหน้าที่ซึ่งถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครอง โดยอาจแบ่งประเภทของคำสั่งทางปกครองได้ ดังนี้

**4.3.1 การแบ่งประเภทของคำสั่งทางปกครองพิจารณาโดยให้ความสำคัญกับสิทธิของเอกชน** แบ่งออกได้เป็นสองประเภท คือ ประการแรกได้แก่คำสั่งทางปกครองที่กระทบสิทธิของประชาชน คำสั่งทางปกครองในกรณีนี้เป็นคำสั่งทางปกครองที่มีผลไปกำหนดสถานะทางกฎหมายให้เปลี่ยนแปลงไปจากเดิม และเป็นไปในทางลบคือเป็นการจำกัดหรือตัดทอนสิทธิที่มีอยู่เดิมของเอกชน ประเภทที่สองได้แก่คำสั่งทางปกครองที่เป็นการให้ประโยชน์ หรือให้คุ้มกับเอกชน ซึ่งมี ผลไปในทางบวก

**4.3.2 การแบ่งประเภทของคำสั่งทางปกครองพิจารณาถึงความสามารถขององค์กรผู้ออกคำสั่งทางปกครอง** แบ่งออกได้เป็นสองประเภท คือ ประเภทแรกได้แก่คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยฝ่ายปกครองไม่มีดุลพินิจ เป็นคำสั่งทางปกครองที่กฎหมายกำหนดผลทาง

<sup>42</sup> กมลชัย รัตนสกววงศ์, องค์ประกอบของนิติกรรมทางปกครอง: หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน, หน้า 152

<sup>43</sup> สมยศ เชื้อไทย, หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น, หน้า 71

กฎหมายไว้ว่าจะมีผลเช่นใดหากมีข้อเท็จจริงอันเป็นเงื่อนไขของกฎหมายเกิดขึ้น โดยจะกำหนดเงื่อนไขอันเป็นองค์ประกอบทุกประการไว้ทั้งหมดทั้งองค์ประกอบในส่วนเหตุ องค์ประกอบในส่วนผล หรือทั้งสองอย่าง และฝ่ายปกครองจะต้องปฏิบัติตามโดยไม่มีความสามารถที่จะเลือกกระทำการหรือไม่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งได้<sup>44</sup> ซึ่งเรียกการใช้อำนาจในกรณีนี้ว่า “อำนาจผูกพัน” ซึ่งก็คือหน้าที่นั่นเอง แต่ที่ยังเรียกว่าอำนาจผูกพันก็เนื่องจากเหตุผลที่การวินิจฉัยสั่งการเป็นผลมาจากฝ่ายปกครองได้ปฏิบัติหน้าที่ของตนเป็นสิ่งที่กฎหมายยอมรับว่ามีผลสมบูรณ์ใช้บังคับได้<sup>45</sup> ประเภทที่สองได้แก่ คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยเจ้าหน้าที่มีดุลพินิจ เป็นคำสั่งทางปกครองที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีความสามารถในการที่จะเลือกกำหนดมาตรการอย่างใดอย่างหนึ่งภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนด กล่าวคือ กฎหมายจะให้ความเป็นอิสระแก่ฝ่ายปกครองในระดับหนึ่งในการเลือกตัดสินใจอย่างใดอย่างหนึ่งในหลายๆ อย่าง ซึ่งกฎหมายอาจจะให้ความเป็นอิสระนี้ในส่วนขององค์ประกอบส่วนเหตุ หรือในองค์ประกอบส่วนผลก็ได้<sup>46</sup>

**4.3.3 คำสั่งทางปกครองที่แบ่งประเภทเพื่อประโยชน์ในการยกเลิกเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง** ทั้งนี้ต้องพิจารณาประกอบกับหลักความมั่นคงทางกฎหมาย หลักความชอบด้วยกฎหมาย และหลักการคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจของของผู้รับคำสั่งทางปกครองซึ่งแบ่งออกได้เป็นสามประเภท ได้แก่ ประเภทแรกเป็นคำสั่งทางปกครองที่เป็นคุณประโยชน์ต่อผู้รับคำสั่งทางปกครอง ซึ่งเป็นคำสั่งทางปกครองที่ผู้รับคำสั่งทางปกครองได้สิทธิหรือประโยชน์จากคำสั่งทางปกครอง เช่น การอนุญาตตามคำขอต่างๆ ประเภทที่สอง เป็นคำสั่งทางปกครองที่เป็นภาระต่อผู้รับคำสั่งทางปกครอง ซึ่งผู้รับคำสั่งทางปกครองไม่ได้สิทธิหรือเสียสิทธิประโยชน์จากคำสั่งทางปกครองนั้น ประเภทที่สามเป็นคำสั่งทางปกครองที่เป็นคุณประโยชน์และในขณะเดียวกันก็เป็นภาระแก่ผู้รับคำสั่งทางปกครองด้วย<sup>47</sup> ซึ่งเรียกว่า คำสั่งทางปกครองที่มีผลเป็นสองทาง

**4.3.4 คำสั่งทางปกครองพิจารณาจากขอบเขตผลกระทบของคำสั่งทางปกครอง** การจัด แบ่งประเภทเช่นนี้มุ่งพิจารณาขอบเขตผลกระทบของคำสั่งทางปกครองว่า ผลเช่นนั้นกระจายไปมากน้อยเพียงไร ซึ่งแบ่งได้เป็นสองประเภท คือ ประเภทแรกเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีผลกระทบในกรณีนี้เป็นลักษณะปกติของคำสั่งทางปกครองซึ่งคำสั่งทางปกครองย่อมมีผลผูกพัน

<sup>44</sup> กมลชัย รัตนสกววงศ์, องค์ประกอบของนิติกรรมทางปกครอง: หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน, หน้า 257 - 258

<sup>45</sup> “เรื่องเดียวกัน”, หน้า 257

<sup>46</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, การควบคุมการใช้ดุลพินิจทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ, หน้า 200

<sup>47</sup> กมลชัย รัตนสกววงศ์, หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน: พื้นฐานความรู้ทั่วไป, กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2537, หน้า 135

แต่เฉพาะผู้รับคำสั่งทางปกครองเท่านั้น และย่อมไม่มีผลกระทบต่อสิทธิของบุคคลอื่นที่ไม่เกี่ยวข้อง ประเภทที่สองในบางกรณีผลของคำสั่งทางปกครองมิได้จำกัดอยู่แต่เฉพาะผู้รับคำสั่งทางปกครอง เท่านั้น แต่ยังมีผลกระทบต่อสิทธิของบุคคลที่สามผู้ที่ไม่ได้เกี่ยวข้องกับคำสั่งทางปกครองนั้นด้วย และบุคคลภายนอกผู้ได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองนั้นก็มิได้อยู่ในฐานะผู้รับคำสั่งทางปกครองและมีได้อยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครองนั้นด้วย<sup>48</sup>

**4.3.5 คำสั่งทางปกครองพิจารณาจากรูปแบบ ขั้นตอน และเนื้อหาของคำสั่งทางปกครอง** เป็นการแบ่งประเภทของคำสั่งทางปกครอง โดยพิจารณาจากกระบวนการในการออกคำสั่งทางปกครองและเนื้อหาของคำสั่งทางปกครอง แบ่งออกได้เป็น 3 ประเภท คือ ประเภทแรก ได้แก่ คำสั่งทางปกครองที่ไม่ต้องมีการร้องขอ เป็นคำสั่งทางปกครองที่ฝ่ายปกครองดำเนินการได้เองโดยไม่ต้องมีการร้องขอจากบุคคลใด โดยปกติการออกคำสั่งทางปกครองในกรณีนี้คือการปฏิบัติตามกฎหมายหรือบังคับใช้กฎหมาย คำสั่งทางปกครองในกรณีเช่นนี้ เช่น คำสั่งสลายการชุมนุม การ เพิกถอนคำสั่งทางปกครองเดิม เป็นต้น จะเห็นได้ว่าคำสั่งทางปกครองประเภทนี้เป็นการออกคำสั่งทางปกครองเพื่อใช้บังคับกฎหมาย ประเภทที่สองคำสั่งทางปกครองที่ต้องมีการร้องขอเป็นคำสั่งทางปกครองที่ฝ่ายปกครองจะออกคำสั่งทางปกครองได้ก็ต่อเมื่อมีการร้องขอจากบุคคลที่เกี่ยวข้องกับคำสั่งทางปกครองนั้น และโดยส่วนใหญ่คำสั่งทางปกครองประเภทนี้จะเป็นประโยชน์กับ บุคคลผู้ยื่นคำร้องขอ เนื่องจากรัฐไม่มีความจำเป็นที่จะต้องไปสอดส่องดูแลว่าเอกชนคนใดสมควรจะได้รับประโยชน์จากรัฐหรือไม่ แต่ต้องเป็นเรื่องที่เอกชนประสงค์จะได้รับประโยชน์จากรัฐต้องดำเนินการให้ได้มาซึ่งคำสั่งทางปกครองดังกล่าว โดยการยื่นคำร้องและปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดเอง<sup>49</sup> ประเภทที่สาม ได้แก่ คำสั่งทางปกครองที่ต้องการความยินยอมโดยปกติแล้วความยินยอมของบุคคลผู้รับคำสั่งทางปกครองย่อมไม่เป็นสาระสำคัญของคำสั่งทางปกครอง เนื่องจากคำสั่งทางปกครองเป็นการใช้อำนาจเหนือกว่า แต่ในบางกรณีการออกคำสั่งทางปกครองจะต้องได้รับความยินยอมจากบุคคลผู้รับคำสั่งทางปกครอง หากบุคคลนั้นไม่ยินยอมแล้วคำสั่งทางปกครองนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น คำสั่งบรรจุบุคคลเข้ารับราชการ<sup>50</sup>

**4.3.6 คำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย และคำสั่งทางปกครองที่มีชอบด้วยกฎหมาย** เป็นการพิจารณาโดยมุ่งพิจารณาคำสั่งทางปกครองทั้งในลักษณะภายนอก และภายในว่า

<sup>48</sup> พิพัฒน์ กองใจ, ปัญหาการคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่สามซึ่งได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครอง, วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544, หน้า 33

<sup>49</sup> วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, “ผลบังคับผูกพันของคำสั่งทางปกครอง”, ในรวมบทความทางวิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบ 72 ปี, ศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรมานูรณ์, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545, หน้า 127

<sup>50</sup> “เรื่องเดียวกัน”, หน้า 127

เป็นไปตามหลักความชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ แบ่งออกเป็นสามประเภท คือ ประเภทแรก ได้แก่ คำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะสำคัญในการเป็นคำสั่งทางปกครองอย่างครบถ้วน ประเภทที่สองเป็นคำสั่งทางปกครองที่ขาดลักษณะสำคัญประการใดประการหนึ่ง ซึ่งความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองประเภทนี้มีอยู่ 3 ระดับ คือ ระดับแรกไม่ถือว่าคำสั่งทางปกครองคือไม่มีผลทางกฎหมายประการใด ระดับที่สองยังคงถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองอยู่แต่อาจเพิกถอนในภายหลังได้ และระดับที่สามยังคงถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองเช่นกันแต่อาจแก้ไขให้สมบูรณ์ได้ ประเภทที่สาม ได้แก่ คำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายบางส่วนและไม่ชอบด้วยกฎหมายบางส่วน เป็นคำสั่งทางปกครองที่ส่วนใหญ่จะมีข้อกำหนดประกอบคำสั่งทางปกครอง ซึ่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายอาจจะร้ายแรงหรือธรรมดา และในบางกรณีสามารถแยกออกจากคำสั่งทางปกครองหลักได้<sup>51</sup>

**4.3.7 คำสั่งทางปกครองพิจารณาในด้านการรับรู้ของผู้รับคำสั่งทางปกครอง** แบ่งออกเป็นสามประเภท ได้แก่ ประเภทแรกเป็นคำสั่งทางปกครองที่ชัดเจน ซึ่งโดยปกติแล้วเมื่อมีการออกคำสั่งทางปกครอง คำสั่งทางปกครองนั้นจะต้องมีความชัดเจนพอที่บุคคลผู้รับคำสั่งทางปกครองสามารถเข้าใจในเนื้อหาของคำสั่งทางปกครองนั้นว่าคำสั่งทางปกครองนั้นเรียกร้องอะไร อย่างไร และทำไม ประเภทที่สองเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชัดเจนดังได้กล่าวแล้วว่าคำสั่งทางปกครองที่ออกมานั้นจะต้องมีความชัดเจนพอที่จะให้บุคคลผู้รับคำสั่งทางปกครองเข้าใจได้ หากคำสั่งทางปกครองนั้นออกมาโดยมีเนื้อหาไม่ชัดเจน เคลือบคลุมแล้วย่อมเป็นไปได้ยากที่ผู้รับคำสั่งทางปกครองจะปฏิบัติตามได้ คำสั่งทางปกครองประเภทนี้ก็คือคำสั่งทางปกครองที่มีเนื้อหาที่ไม่สามารถเข้าใจได้นั้นเอง ประเภทที่สามคำสั่งทางปกครองโดยปริยาย โดยปกติการนิ่งเฉยของฝ่ายปกครองไม่ถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครอง แต่ในบางกรณีที่กฎหมายกำหนดให้การนิ่งเฉยเช่นนั้นเป็นคำสั่งทางปกครอง ทั้งนี้เพื่อประโยชน์ในการคัดค้านโต้แย้งต่อไป

**4.3.8 คำสั่งทางปกครองพิจารณาจากผลของคำสั่งทางปกครอง** เป็นการมุ่งพิจารณาถึงผลทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง ซึ่งแบ่งประเภทของคำสั่งทางปกครองได้เป็นประเภทดังนี้ ประเภทแรกคำสั่งทางปกครองที่มีผลบังคับทันทีเป็นคำสั่งทางปกครองที่เมื่อได้ออกมาแล้วจะมีผลทางกฎหมายทันที และสำเร็จลงในตัวตามวัตถุประสงค์ของคำสั่งทันทีที่คำสั่งทางปกครองนั้นมีผล โดยไม่จำเป็นต้องปฏิบัติการใดอีก<sup>52</sup> ประเภทที่สองคำสั่งทางปกครองที่ต้องมีการบังคับให้เป็นไปตามคำสั่งทางปกครอง เป็นคำสั่งทางปกครองที่เมื่อออกไปแล้วจะต้องมีการควบคุมหรือดูแลให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของคำสั่งทางปกครองนั้น กล่าวคือ กรณีของคำสั่งทาง

<sup>51</sup> กมลชัย รัตนสวางศ์, *หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน: พื้นฐานความรู้ทั่วไป*, หน้า 135 - 136

<sup>52</sup> ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์, *กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง*, หน้า 331

ปกครองที่มีผลบังคับทันทีวัตถุประสงค์ของคำสั่งทางปกครองได้สำเร็จลงแล้ว แต่ในกรณีของคำสั่งทางปกครองที่ต้องการบังคับให้เป็นไปตามคำสั่งทางปกครองนั้นจะต้องคอยสอดส่องว่ามีการปฏิบัติ หรือละเว้นตามข้อเรียกร้องในคำสั่งทางปกครองนั้นหรือไม่ หากมีการทำตามข้อเรียกร้องของคำสั่งทางปกครอง วัตถุประสงค์ของคำสั่งทางปกครองก็ย่อมบรรลุวัตถุประสงค์ได้ แต่ในกรณีที่มีการฝ่าฝืนย่อมจะต้องมีการบังคับให้เป็นไปตามคำสั่งทางปกครองนั้นจึงจะทำให้คำสั่งทางปกครองบรรลุผลซึ่งไม่ใช่การบรรลุวัตถุประสงค์โดยอัตโนมัติ<sup>53</sup> ประเภทที่สามคำสั่งทางปกครองที่มีผลบังคับครั้งเดียว ประเภทที่สี่ คำสั่งทางปกครองที่มีผลบังคับอย่างต่อเนื่อง

#### 4.3.9 คำสั่งทางปกครองพิจารณาในด้านความมั่นคงในผลของคำสั่งทางปกครอง

การพิจารณาแบ่งประเภทในกรณีนี้เป็นการพิจารณาถึงความดำรงอยู่อย่างมั่นคงของคำสั่งทางปกครองเช่นเดียวกับคำพิพากษาอันถึงที่สุดของศาล แบ่งออกได้เป็นสองประเภท ได้แก่ คำสั่งทางปกครองที่มีผลบังคับเป็นที่สุด เป็นคำสั่งทางปกครองที่คล้ายกับคำพิพากษาอันถึงที่สุด ของศาล คือ มีสถานะความมั่นคงทางกฎหมายเช่นนั้นตลอดไปไม่สามารถเปลี่ยนแปลงได้อีกแม้ว่าคำสั่งนั้นจะไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ตามที่ว่าเป็นที่สุดย่อมเป็นที่สุดทั้งในด้านรูปแบบและในด้านเนื้อหา คือ ไม่อาจโต้แย้งได้อีกไม่ว่าในทางใดและจะต้องยุติเรื่อง โดยยอมรับและปฏิบัติตามคำสั่งดังกล่าว<sup>54</sup> ประเภทที่สอง เป็นคำสั่งทางปกครองที่อาจมีการโต้แย้งต่อไปได้อีก และเนื้อหาของคำสั่งนั้นยังไม่เป็นที่ยุติและในบางกรณีอาจยังคงไม่ต้องปฏิบัติตามคำสั่งนั้น เนื่องจากผลของการโต้แย้งให้มีการเลื่อนผลบังคับทางกฎหมายออกไป กล่าวคือ ผลทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองประเภทนี้ความมั่นคงทางกฎหมายยังอาจมีการเปลี่ยนแปลงได้แต่ก็มีใช้ว่าความแน่นอนทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองประเภทนี้จะเลื่อนลอยแต่ผลทางกฎหมายจะมีความมั่นคงตามสมควร เพื่อการดำเนินการของฝ่ายปกครอง<sup>55</sup>

#### 4.3.10 คำสั่งทางปกครองพิจารณาในแง่ของการกำหนดสิทธิหน้าที่ ซึ่งแบ่ง

ออกเป็น 3 ประเภทด้วยกัน ประเภทแรกเป็นคำสั่งทางปกครองที่แปรบทกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิหน้าที่ให้ เป็นรูปธรรม ซึ่งเป็นการที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนำเอาสิทธิหน้าที่ที่ปรากฏในกฎหมายที่มีลักษณะเป็นการทั่วไป และเป็นนามธรรมมากำหนดให้ชัดเจน เช่น คำสั่งเรียกเก็บภาษีอากรซึ่งระบุจำนวนที่ชัดเจนที่ผู้รับคำสั่งต้องชำระ ประเภทที่สองคำสั่งทางปกครองที่ก่อตั้งสิทธิเป็นคำสั่งทางปกครองที่ฝ่ายปกครองก่อตั้งสิทธิในทางมหาชนให้แก่ผู้ที่ได้รับคำสั่ง เช่น การออกใบอนุญาต

<sup>53</sup> “เรื่องเดียวกัน” , หน้า 331

<sup>54</sup> บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, “การสิ้นสุดของคำสั่งทางปกครอง” , ในรวมบทความทางวิชาการกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539, กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2541, หน้า 162

<sup>55</sup> วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, “ผลบังคับผูกพันของคำสั่งทางปกครอง”, หน้า 127 - 128

ต่างๆ สภาพการณ์ของการออกคำสั่งทางปกครองดังกล่าวมีลักษณะเหมือนกันไม่ว่าจะเรียกว่าอย่างไร กล่าวคือ สิทธิที่ผู้ได้รับคำสั่งต้องการนั้นเป็นเรื่องที่ในเบื้องต้น บุคคลนั้นต้องห้ามมิให้ปฏิบัติ ต่อเมื่อได้รับคำสั่งดังกล่าวแล้วจึงปฏิบัติได้ คำสั่งทางปกครองประเภทนี้เป็นคำสั่งทางปกครองที่มีผลทางกฎหมายโดยตรงไม่จำเป็นต้องบังคับการให้เป็นไปตามคำสั่งทางปกครองนั้นอีก ประเภทที่สาม คำสั่งทางปกครองที่ยืนยันสิทธิ เป็นคำสั่งทางปกครองที่ยืนยันนิติสัมพันธ์ทางปกครองซึ่งเป็นที่โต้แย้งกันว่ามีอยู่หรือไม่อยู่ในลักษณะใดให้ได้ผลเป็นยุติ เพื่อให้เกิดความชัดเจนแน่นอนเกี่ยวกับสิทธิหรือสถานะของบุคคล เช่น คำสั่งยืนยันว่าบุคคลผู้ได้รับคำสั่งเป็นผู้มีสัญชาติไทย เป็นต้น คำสั่งทางปกครองประเภทนี้เป็นคำสั่งทางปกครองที่มีผลทางกฎหมายโดยตรงไม่จำเป็นต้องบังคับการให้เป็นไปตามคำสั่งทางปกครองนั้นอีก<sup>56</sup>

#### 4.4 ผลในทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง

คำสั่งทางปกครองเป็นการใช้อำนาจฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองในการกำหนดนิติสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเอกชน หรือผู้รับคำสั่งทางปกครอง ซึ่งโดยปกติแล้วเอกชนไม่จำเป็นต้องให้ความยินยอมต่อคำสั่งทางปกครองนั้น เมื่อฝ่ายปกครองได้พิจารณาเพื่อออกคำสั่งทางปกครอง ในขั้นตอนนี้ยังไม่ถือว่าการสั่งการต่างๆ เป็นคำสั่งทางปกครอง ต่อเมื่อฝ่ายปกครองได้ปิดกระบวนการพิจารณาและ สั่งออกมาแล้วเท่านั้น ที่จะถือว่า คำสั่งนั้นเป็นคำสั่งทางปกครอง โดยทั่วไปเมื่อมีการออกคำสั่ง ทางปกครองแล้วย่อมมีผลเป็นการยืนยันถึงสถานะทางกฎหมายที่เกิดขึ้นใหม่จากคำสั่งทันที ซึ่งสามารถพิจารณาผลของคำสั่งทางปกครองได้ดังนี้

##### 4.4.1 การเกิดผลของคำสั่งทางปกครอง

คำสั่งทางปกครองจะเริ่มมีผลบังคับทางกฎหมายเมื่อใดขึ้นอยู่กับแนวความคิดของแต่ละประเทศ เช่น ประเทศออสเตรเลีย เยอรมัน ถือหลักว่าคำสั่งทางปกครองจะมีผลทางกฎหมายต่อเมื่อได้ประกาศหรือแจ้งให้เอกชนที่เกี่ยวข้องทราบ ส่วนในประเทศฝรั่งเศส สเปน ถือหลักว่าคำสั่งทางปกครองจะมีผลทางกฎหมายทันทีที่ได้ทำคำสั่งทางปกครองนั้น แต่จะยกขึ้นยืนยันเอกชนที่เกี่ยวข้องได้ต่อเมื่อได้แจ้งหรือประกาศให้เอกชนที่เกี่ยวข้องทราบแล้วเท่านั้น ซึ่งหลักการของทั้งสองกลุ่มนี้ไม่ขัดกันแต่อย่างไร ที่ต่างกันก็คงเป็นเทคนิคในการปฏิบัติมากกว่า ผลในท้ายที่สุดก็คือเอกชนที่เกี่ยวข้องจะต้องทราบว่าคำสั่งทางปกครองนั้นคือมีผลไปสู่ภายนอกฝ่ายปกครอง และได้แจ้งหรือประกาศให้เอกชนที่เกี่ยวข้องทราบ และจะมีผลไปตลอดจนกว่าจะถูกยกเลิก เพิกถอน โดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองหรือศาลหรือสิ้นผลด้วยระยะเวลาหรือโดยเหตุอื่น

<sup>56</sup> วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง: หลักการพื้นฐานในกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง*, หน้า 123 - 124

สำหรับกฎหมายปกครองไทย พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539<sup>57</sup> ได้วางหลักไว้ทำนองเดียวกันกับหลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส<sup>58</sup>

การดำเนินการของฝ่ายปกครองย่อมทำเพื่อตอบสนองความต้องการของมหาชน การทำให้วัตถุประสงค์ดังกล่าวให้สำเร็จลุล่วงฝ่ายปกครองจำเป็นต้องมีอำนาจมหาชน ซึ่งเป็นเอกสิทธิ์ของ ฝ่ายปกครอง คำสั่งทางปกครองก็เป็นวิธีการหรือเครื่องมือประเภทหนึ่งที่จะทำให้วัตถุประสงค์ดังกล่าวบรรลุผลไปได้ โดยคำสั่งทางปกครองเป็นวิธีการในการชี้ขาดสิทธิ หน้าที่ ในทางกฎหมายว่าดำรงอยู่อย่างไร<sup>59</sup>

โดยปกติคำสั่งทางปกครองเมื่อได้ออกมาแล้ว ย่อมมีผลทางกฎหมายแม้ว่าจะไม่ชอบด้วยกฎหมาย ความมีผลของคำสั่งทางปกครองกับความชอบด้วยกฎหมายมิได้พิจารณาโดยตรงกับความชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง เนื่องจากเรื่องความชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองเป็นเรื่องของความสอดคล้องกับกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในขณะนั้นทั้งในแง่สารบัญญัติ และวิธีสบัญญัติ ความไม่ชอบด้วยกฎหมายเป็นเพียงเหตุให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองในภายหลังเท่านั้น ตามหลักกฎหมายปกครองเยอรมันคำสั่งทางปกครองจะมีผลบังคับทางกฎหมายหรือไม่ พิจารณาจากหลักเรื่องความมั่นคงและความชัดเจนทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง โดยเบื้องต้นแล้วจะต้องให้คำสั่งทางปกครองมีผลบังคับทางกฎหมาย<sup>60</sup> เนื่องจากหากยอมให้บุคคลผู้รับคำสั่งทางปกครองกล่าวอ้างความไม่ชอบด้วยกฎหมายขึ้นเพื่อปฏิเสธที่จะปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองแล้วจะทำให้เกิดข้อขัดข้องทำให้เกิดความไม่มั่นคงในการปฏิบัติตามกฎหมายขึ้น<sup>61</sup>

การที่ระบบกฎหมายกำหนดให้คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายมีผลทางกฎหมายไม่ขัดกับหลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากระบบกฎหมายให้สิทธิผู้รับคำสั่งทางปกครองโต้แย้งคัดค้านความไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นได้อยู่แล้ว<sup>62</sup> โดยยอมรับสภาพของความไม่ชอบด้วยกฎหมาย นั้นไว้ก่อนที่องค์กรที่มีอำนาจวินิจฉัยอุทธรณ์หรือองค์กรที่มีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดได้พิจารณาความไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าว เว้นแต่ในกรณีที่

<sup>57</sup> พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 มาตรา 42

<sup>58</sup> ฤทัย หงส์ศิริ, “ผลของนิติกรรมทางปกครอง”, ในคู่มือการศึกษากฎหมายปกครอง, กรุงเทพฯ: สำนักอบรมกฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2545, หน้า 310 - 312

<sup>59</sup> “เรื่องเดียวกัน”, หน้า 164 - 165

<sup>60</sup> กมลชัย รัตนสากววงศ์, *ความชอบด้วยกฎหมาย ความมิชอบด้วยกฎหมาย และผลบังคับของนิติกรรมทางปกครองตามกฎหมายปกครองเยอรมัน*, กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2540, หน้า 71 - 72

<sup>61</sup> วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, “ผลบังคับผูกพันของคำสั่งทางปกครอง”, หน้า 167

<sup>62</sup> “เรื่องเดียวกัน”, หน้า 166 - 167

ความไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นร้ายแรงถึงขนาดถือว่าคำสั่งทางปกครองดังกล่าวไม่มีผลทางกฎหมายเลยในกรณีเช่นนี้จึงอาจแสดงความสัมพันธ์ระหว่างความมีผลบังคับทางกฎหมาย และความไม่มีผลทางกฎหมายกับความชอบหรือมิชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองได้<sup>63</sup>

#### 4.4.2 ผลผูกพันและผลบังคับผูกพันของคำสั่งทางปกครอง<sup>64</sup>

เมื่อฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองและแจ้งคำสั่งทางปกครองไปยังผู้รับคำสั่งทางปกครอง และไม่ปรากฏว่าคำสั่งทางปกครองนั้นมีผลเสมือนเป็นโมฆะ คำสั่งทางปกครองดังกล่าวย่อมมีผลในทางกฎหมาย ผลในทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองมีอยู่สองระดับ ดังนี้

##### 1) ผลผูกพันของคำสั่งทางปกครอง

เมื่อคำสั่งทางปกครองเกิดขึ้นและมีผลในทางกฎหมาย คำสั่งทางปกครองนั้นย่อมผูกพันบุคคลและองค์กรต่างๆ ผลต่อเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครอง แม้ว่าฝ่ายปกครองจะไม่อาจแก้ไข เปลี่ยนแปลงคำสั่งทางปกครองนั้นอย่างไรก็ได้อีกต่อไป แต่ก็ไม่ได้หมายความว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะไม่มีอำนาจยกเลิกเพิกถอนคำสั่งทางปกครองดังกล่าว ซึ่งหากเป็นไปได้ตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดย่อมทำได้และฝ่ายปกครองสามารถริเริ่มได้เองไม่จำเป็นต้องให้บุคคลใดมาร้องขอ ซึ่งความผูกพันต่อคำสั่งทางปกครองของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเช่นนี้ เป็นความผูกพันในลักษณะที่ไม่เด็ดขาด สำหรับองค์กรฝ่ายปกครองอื่นที่ไม่ได้เป็นผู้มีอำนาจหน้าที่ในการออกคำสั่งทางปกครองนั้น เมื่อพิจารณาจากรากฐานแห่งการแบ่งแยกอำนาจและการแบ่งแยกหน้าที่ในทางปกครองให้อยู่ในความรับผิดชอบขององค์กรฝ่ายปกครองหลายองค์กรแล้ว ฝ่ายปกครองที่ไม่มีอำนาจหน้าที่ในการออกคำสั่งทางปกครองจะปฏิเสธไม่รับรู้หรือไม่ผูกพันกับคำสั่งทางปกครองนั้น ทั้งๆ ที่ตนไม่มีอำนาจหน้าที่ในการยกเลิก เพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้น ย่อมไม่สามารถทำได้ องค์กรฝ่ายปกครองอื่นย่อมผูกพันต่อคำสั่งทางปกครองนั้นด้วย เว้นแต่เป็นคำสั่งทางปกครองที่มีผลเสมือนเป็นโมฆะ สำหรับในส่วนของผู้รับคำสั่งทางปกครอง เมื่อผู้รับคำสั่งทางปกครองได้รับแจ้งคำสั่งทางปกครองแล้ว ย่อมผูกพันให้ผู้รับคำสั่งทางปกครองปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองนั้น หากผู้รับคำสั่งทางปกครองเห็นว่าคำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายย่อมมีสิทธิโต้แย้งคำสั่งทางปกครองดังกล่าวต่อไป อนึ่งในกรณีที่มีคำสั่งทางปกครองที่มีผลสองทาง ผลผูกพันบุคคลที่สามที่ได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองจะผูกพันบุคคลที่สามก็ต่อเมื่อได้มีการ

<sup>63</sup> กมลชัย รัตนสวางศ์, ความชอบด้วยกฎหมาย ความมิชอบด้วยกฎหมาย และผลบังคับของนิติกรรมทางปกครองตามกฎหมายปกครองเยอรมัน, หน้า 72

<sup>64</sup> วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง: หลักการพื้นฐานในกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง, หน้า 157 - 163



แจ้งผลกระทบดังกล่าวให้บุคคลที่สามทราบ ในทางตรงกันข้ามหากฝ่ายปกครองไม่ได้แจ้งให้บุคคลที่สามทราบย่อมไม่มีผลผูกพันบุคคลที่สาม แต่บุคคลที่สามต้องอยู่ภายใต้หลักสุจริต

## 2) ผลบังคับผูกพันของคำสั่งทางปกครอง

ผลบังคับผูกพันของคำสั่งทางปกครองเป็นถ้อยคำ<sup>65</sup> ที่ใช้เรียกผลผูกพันของคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะเด็ดขาดเป็นที่สุด ไม่อาจถูกโต้แย้งได้อีกต่อไป เป็นมาตรการที่แน่นอน มั่นคงในการชี้ว่าสิทธิหน้าที่หรือนิติสัมพันธ์ในทางกฎหมายปกครองดำรงอยู่อย่างไร การพิจารณาผลบังคับผูกพันของคำสั่งทางปกครองพิจารณาได้สองลักษณะ ดังนี้

ก. ผลบังคับผูกพันพิจารณาในทางรูปแบบ ผลบังคับเด็ดขาดของคำสั่งทางปกครองพิจารณาในทางรูปแบบ เป็นผลทางกฎหมายที่คำสั่งทางปกครองนั้นไม่อาจโต้แย้งคัดค้านไปยังองค์กรใดๆ ได้อีก ไม่ว่าเป็นการโต้แย้งในชั้นเจ้าหน้าที่ หรือในชั้นศาล<sup>66</sup> กล่าวคือ ความไม่สามารถถูกโต้แย้งได้อีกต่อไปมีผลเช่นเดียวกับคำพิพากษาของศาลที่ถึงที่สุดที่คู่ความไม่สามารถอุทธรณ์หรือฎีกาคำพิพากษานั้นได้อีก

ข. ผลบังคับผูกพันของคำสั่งทางปกครองพิจารณาในด้านเนื้อหา ผลบังคับผูกพันของคำสั่งทางปกครองในทางเนื้อหาก็คือ ประเด็นต่างๆ ที่ได้แย้ง หรือที่เป็นปัญหาถกกันนั้นได้ยุติลงตามเนื้อความที่มีการชี้ออกมา<sup>67</sup> โดยต้องยอมรับและปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองนั้น เช่นเดียวกับคำพิพากษาอันถึงที่สุดของศาล ทั้งนี้ไม่ต้องคำนึงว่าคำพิพากษานั้น “ถูกต้อง” หรือไม่ที่คำพิพากษาถึงที่สุดเป็นเช่นนี้ย่อมทำให้คำพิพากษาที่มีผลเป็นเด็ดขาดผูกพันคู่ความนี้ย่อมทำให้การเปิดกระบวนการพิจารณาใหม่มีวัตถุประสงค์แห่งคดีเป็นอย่างเดียวกันกับที่ศาลได้เคยพิพากษาไปแล้วไม่อาจกระทำได้ เพราะหากยอมให้มีการกระทำในลักษณะดังกล่าว กรณีอาจมีคำพิพากษาใหม่ในเรื่องเดียวกันที่ขัดแย้งกับคำพิพากษาเดิมได้ อย่างไรก็ตาม แม้กระบวนการพิจารณาเรื่องทางปกครองในชั้นเจ้าหน้าที่แม้จะได้รับการออกแบบให้มีความเป็นธรรม โปร่งใสทำนองเดียวกับกระบวนการพิจารณาในชั้นศาลก็ตาม แต่ก็ยังคงมีความแตกต่างกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกระบวนการพิจารณาเรื่องทางปกครองในชั้นเจ้าหน้าที่ ซึ่งองค์กรฝ่ายปกครองเป็นทั้งผู้พิจารณา และวินิจฉัยในขณะเดียวกัน อันแสดงถึง “คู่ปรปักษ์” ซึ่งต่างจากองค์กรศาลที่เป็นองค์กรกลางในการพิจารณาพิพากษา ดังนั้น ผลบังคับเด็ดขาดในทางเนื้อหาของคำสั่งทางปกครองย่อมเป็นไปไม่ได้ที่จะมีระดับเดียวกับคำพิพากษา

<sup>65</sup> วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, “ผลบังคับผูกพันของคำสั่งทางปกครอง”, หน้า 157

<sup>66</sup> “เรื่องเดียวกัน”, หน้า 163

<sup>67</sup> กมลชัย รัตนสกลวงศ์, ความชอบด้วยกฎหมาย ความมิชอบด้วยกฎหมาย และผลบังคับของนิติกรรมทางปกครองตามกฎหมายปกครองเยอรมัน, หน้า 82 - 83

อันถึงที่สุดของศาลในทุกกรณี<sup>68</sup> อย่างไรก็ตาม คำสั่งทางปกครองในฐานะที่เป็นการแสดงออกซึ่งอำนาจมหาชนของรัฐย่อมต้องดำรงอยู่อย่างมั่นคงแน่นอนตามสมควร ข้อความคิดว่าด้วยผลบังคับผูกพันของคำสั่งทางปกครองจึงต้องสนับสนุนการดำรงอยู่อย่างมั่นคงในทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง ในส่วนของผลบังคับผูกพันที่มีต่อองค์กรฝ่ายปกครองที่ออกคำสั่งทางปกครองนั้น แม้ว่าโดยหลักแล้วองค์กรดังกล่าวต้องผูกพันกับคำสั่งทางปกครองที่ตนได้ออก แต่ผลบังคับผูกพันในกรณีนี้ไม่มีลักษณะเด็ดขาด ฝ่ายปกครองสามารถใช้ดุลพินิจยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครองได้ ตามหลักเกณฑ์ตามส่วนที่ 6 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 ซึ่งจะเห็นได้ว่าผลบังคับผูกพันของคำสั่งทางปกครองสำหรับฝ่ายปกครองที่มีอำนาจออกคำสั่งทางปกครอง เป็นความผูกพันในระดับเดียวกัน โดยตลอดนับตั้งแต่คำสั่งทางปกครองมีผลทางกฎหมาย จนกระทั่งคำสั่งทางปกครองนั้นมีผลบังคับผูกพันแล้ว ซึ่งต่างจากผู้รับคำสั่งทางปกครองที่เมื่อคำสั่งทางปกครองมีผลทางกฎหมาย คำสั่งทางปกครองย่อมผูกพันผู้รับคำสั่งทางปกครองให้ปฏิบัติตาม แต่ผู้รับคำสั่งทางปกครองอาจอุทธรณ์โต้แย้งต่อไปได้ ในขั้นนี้ผลของคำสั่งทางปกครองยังไม่เด็ดขาด ต่อเมื่อคำสั่งทางปกครองนั้นกลายเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่อาจโต้แย้งได้อีก คำสั่งทางปกครองย่อมบังคับให้ผู้รับคำสั่งทางปกครองต้องผูกพันต่อเนื้อหาในคำสั่งทางปกครองนั้น โดยเด็ดขาด ทั้งนี้เพื่อความมั่นคงแห่งคำสั่งทางปกครองนั้น อย่างไรก็ตาม หลักความแน่นอนของคำสั่งทางปกครองซึ่งสะท้อนออกมาในรูปของ “ผลบังคับผูกพัน” นี้อาจได้รับการผ่อนคลายหากความยุติธรรมเฉพาะกรณีเรียกร้อง เช่น กรณีที่จำเป็นต้องเปิดโอกาสให้บุคคลผู้รับคำสั่งทางปกครองได้รับสิทธิในการขอพิจารณาใหม่<sup>69</sup>

#### 4.4.3 การสิ้นสุดของคำสั่งทางปกครอง

การสิ้นสุดของคำสั่งทางปกครองเป็นเรื่องที่กล่าวถึงช่วงระหว่างความมีผลและการสิ้นสุดของคำสั่งทางปกครอง<sup>70</sup> ซึ่งโดยปกติคำสั่งทางปกครองจะมีผลบังคับจนกว่าจะถูกเพิกถอนเพราะความไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือถูกยกเลิกเพราะข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายในภายหลังเปลี่ยนแปลงไป<sup>71</sup> ด้วยเหตุนี้เองการสิ้นสุดของคำสั่งทางปกครองจึงมีความสัมพันธ์กับการดำรงอยู่ของผลบังคับของคำสั่งทางปกครอง ซึ่งก่อนที่จะพิจารณาการสิ้นสุดของคำสั่งทางปกครอง

<sup>68</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “ผลบังคับผูกพันของคำสั่งทางปกครอง”, หน้า 180

<sup>69</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง: หลักการพื้นฐานในกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง*, หน้า 169 - 170

<sup>70</sup> บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, “การสิ้นสุดของคำสั่งทางปกครอง”, หน้า 162

<sup>71</sup> กมลชัย รัตนสกลวงศ์, *ความชอบด้วยกฎหมาย ความมิชอบด้วยกฎหมาย และผลบังคับของนิติกรรมทางปกครองตามกฎหมายปกครองเยอรมัน*, หน้า 46

จะได้ทำการศึกษาถึงแนวความคิดของการดำรงอยู่ของคำสั่งทางปกครองเสียก่อน การสิ้นสุดผลของคำสั่งทางปกครองอาจเกิดขึ้นในกรณีดังต่อไปนี้<sup>72</sup>

1) การสิ้นสุดผลที่เกิดจากคำสั่งนั่นเอง โดยทั่วไปคำสั่งทางปกครองมีผลบังคับใช้ไม่จำกัดเวลา อย่างไรก็ดี ในคำสั่งทางปกครองนั้นเองอาจแสดงไว้อย่างชัดเจน เช่น การอนุญาตที่กำหนดเวลา 1 ปี หรือระบุวันที่แน่นอน หรือโดยปริยาย เช่น คำสั่งห้ามชุมนุมในช่วงเวลาใดเวลาหนึ่ง ซึ่งผลของคำสั่งทางปกครองจะสิ้นสุดในตัวของมันเองตามที่คำสั่งนั้นกำหนดไว้ ฝ่ายปกครองไม่จำเป็นต้องแสดงเจตนา หรือกระทำการในทางทำลายผลของคำสั่งทางปกครองนั้นอีก ซึ่งในกรณีเช่นนี้เรียกว่า “เงื่อนไขสิ้นสุด” หรือในบางกรณีคำสั่งทางปกครองอาจกำหนดเหตุการณ์อย่างใดอย่างหนึ่งที่ไม่แน่นอนในอนาคตขึ้น หากเหตุการณ์เช่นนั้นเกิดขึ้นคำสั่งทางปกครองนั้นก็ย่อมสิ้นสุดลง ซึ่งเรียกว่า “เงื่อนไขบังคับหลัง”

2) การสิ้นสุดผลจากเหตุภายนอกเจตจำนงของผู้ออกคำสั่ง เช่น คำสั่งทางปกครองที่ออกใช้บังคับโดยอาศัยอำนาจจากกฎหมายที่ยกเลิกแล้ว ในกรณีที่เป็นคำสั่งที่มีผลบังคับทั่วไปอาจสิ้นสุดได้ในกรณีมีการเปลี่ยนแปลงสถานการณ์ ซึ่งมีผลกระทบปัจจัยอื่นๆ ที่เป็นมูลเหตุในการออกคำสั่งนั้น ฝ่ายปกครองอาจถูกบังคับให้ยกเลิกการกระทำนั้นเสียโดยผู้มีส่วนได้เสียร้องขอ

3) การสิ้นสุดเกิดจากเจตนารมณ์ของผู้ออกคำสั่งภายหลังจากที่ได้ออกคำสั่งแล้วการสิ้นสุดผลของคำสั่งทางปกครองในกรณีนี้ ก็คือ การยกเลิก เพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั่นเอง ซึ่งตามกฎหมายวิธีพิจารณาทางปกครองของเยอรมันบทบัญญัติเกี่ยวกับการสิ้นสุดผลของคำสั่งทางปกครองมีบัญญัติไว้ในมาตรา 48 - 51 โดยมาตรา 44 บัญญัติเกี่ยวกับการเพิกถอน มาตรา 49 บัญญัติเกี่ยวกับการบอกล้างหรือบอกเลิก มาตรา 50 บัญญัติเกี่ยวกับการเพิกถอนหรือบอกล้างคำสั่งทางปกครองที่ให้ประโยชน์ และมาตรา 51 บัญญัติเกี่ยวกับการร้องขอให้มีการพิจารณาใหม่<sup>73</sup> ในกฎหมายฝรั่งเศสนั้นเป็นหลักเกณฑ์ที่เกิดจากแนวคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ ส่วนในกฎหมายไทยปรากฏในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 มาตรา 44 - 48 เป็นเรื่องการอุทธรณ์และมาตรา 54 เรื่องการพิจารณาใหม่

เนื่องจากคำสั่งทางปกครองมีผลบังคับการที่ฝ่ายปกครองจะทำให้ผลของคำสั่งทางปกครองสิ้นสุดลงจำเป็นต้องอาศัยข้อพิจารณาหลายประการ กล่าวคือ ข้อพิจารณาเกี่ยวกับความมั่นคงทางกฎหมายและหลักป้องกันต่อสิทธิที่ได้รับมาแล้วของเอกชน ในอีกมุมหนึ่งก็จำเป็นต้องคำนึงและยอมรับความจำเป็นในการดำเนินกิจกรรมทางปกครองและชีวิตทางปกครอง

<sup>72</sup> พูนศักดิ์ ใสสารวาท, “นิติกรรมฝ่ายเดียวทางปกครองในกฎหมายฝรั่งเศส”, วารสารกฎหมายปกครอง 4, 2 (สิงหาคม 2528) :304

<sup>73</sup> บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, “การสิ้นสุดของคำสั่งทางปกครอง”, หน้า 165

ด้วย<sup>74</sup> แน่แน่นอนว่าคงจะไม่มีใครต้องการให้ฝ่ายปกครองสามารถที่จะยกเลิก เพิกถอนหรือแก้ไขคำสั่งที่ตนได้ออกไปได้ตลอดเวลา คำสั่งเหล่านี้ได้สร้างสิทธิต่างๆ ที่เป็นคุณต่อผู้รับคำสั่งทางปกครองและการรักษา<sup>75</sup> ซึ่งสิทธิเหล่านี้เป็นสิ่งจำเป็นซึ่งจะทำให้ประชาชนแต่ละคนวางแผนการดำรงตนหรือการใช้สิทธิของตน ได้อย่างถูกต้อง

## 5. กระบวนการขั้นตอนในการออกคำสั่งทางปกครอง

### 5.1 ขั้นตอนการริเริ่มใช้อำนาจ

การเริ่มกระบวนการพิจารณาเพื่อมีสั่งทางปกครองอาจเกิดขึ้นได้ในสองลักษณะ คือ เจ้าหน้าที่เริ่มกระบวนการพิจารณาเอง เช่น เจ้าหน้าที่ที่ตรวจพบว่าอาคารแห่งหนึ่งมีสภาพที่อาจเป็นอันตรายต่อผู้สัญจรไปมา เจ้าหน้าที่จึงเริ่มกระบวนการพิจารณาออกคำสั่งให้เจ้าของอาคารปรับปรุงซ่อมแซมอาคารนั้นได้เอง หรือผู้บังคับบัญชาพบว่าผู้ใต้บังคับบัญชาของตนกระทำผิดวินัยก็ต้องการดำเนินการทางวินัยทันทีโดยไม่จำเป็นต้องให้ใครมาร้องเรียนกล่าวโทษเพราะริเริ่มกระบวนการออกคำสั่งลงโทษทางวินัยได้ด้วยตนเอง อีกกรณีหนึ่งเจ้าหน้าที่จะเริ่มกระบวนการพิจารณาได้ต่อเมื่อมีคำขอ<sup>76</sup> เช่น บุคคลจำนวนหนึ่งต้องการจดทะเบียนจัดตั้งบริษัท เมื่อบุคคลกลุ่มนี้ยื่นคำขอจดทะเบียนจัดตั้งบริษัท เจ้าหน้าที่จะต้องเริ่มกระบวนการพิจารณาทางปกครอง คือ พิจารณาคำขอจดทะเบียนดังกล่าวนี้ว่าครบเงื่อนไขตามที่กฎหมายกำหนดหรือไม่ ซึ่งการที่องค์กรฝ่ายปกครองสามารถริเริ่มพิจารณาเพื่อมีคำสั่งทางปกครองได้เองนี้มีความแตกต่างกับการพิจารณาของศาล เนื่องจากโดยหลักแล้ว เจ้าหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดให้มีอำนาจออกคำสั่งทางปกครองจะริเริ่มใช้อำนาจออกคำสั่งได้ด้วยตนเอง ไม่จำเป็นต้องมีผู้ใดมาร้องขอต่างกับศาลซึ่งถ้าไม่มีโจทก์มายื่นคำฟ้องหรือไม่มีผู้ร้องมายื่นคำขอ ศาลจะหยิบคดีหรือข้อพิพาทขึ้นมาพิจารณาเองไม่ได้<sup>77</sup>

### 5.2 ขั้นตอนการพิจารณา

ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาทางปกครอง เจ้าหน้าที่มีหน้าที่ในการค้นหาความจริง โดยสามารถตรวจสอบข้อเท็จจริงต่างๆ ได้ตามความเหมาะสม โดยไม่จำเป็นต้องผูกพันตามคำขอหรือพยานหลักฐานของคู่กรณีตามมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง

<sup>74</sup> พูนศักดิ์ ใสสารวาท, “นิติกรรมฝ่ายเดียวทางปกครองในกฎหมายฝรั่งเศส”, หน้า 304

<sup>75</sup> “เรื่องเดียวกัน”, หน้า 305

<sup>76</sup> วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, *กฎหมายปกครองภาคทั่วไป*, กรุงเทพฯ: นิติราษฎร์, 2554, หน้า 47

<sup>77</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “เจ้าหน้าที่ซึ่งมีอำนาจทำการพิจารณาทางปกครอง”, รวมบทความทางวิชาการกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539, 2541, หน้า 39

พ.ศ.2539 ในการดำเนินการค้นหาความจริงของเรื่อง เจ้าหน้าที่ที่สามารถแสวงหาข้อเท็จจริงได้เอง สามารถรับฟังพยานหลักฐาน คำชี้แจงของคู่กรณี สอบถามพยานหรือขอความเห็นจากพยานผู้เชี่ยวชาญในเรื่องนั้นๆ ขอให้ผู้ครอบครองส่งเอกสารตลอดจนสามารถออกไปตรวจสอบสถานที่ ได้ ด้วยเหตุนี้ในการพิจารณาทางปกครองเจ้าหน้าที่จึงไม่ใช่ผู้ที่ เป็นปกติกับคู่กรณีในกระบวนการพิจารณา<sup>78</sup>

การที่เจ้าหน้าที่มีหน้าที่ต้องพิจารณาเพื่อพิสูจน์ข้อเท็จจริงตามมาตรา 29 นี้เองย่อมแสดงให้เห็นว่าเจ้าหน้าที่จะต้องพิจารณาทั้งส่วนที่เป็นคุณแก่คู่กรณีให้ด้วยเพราะเป็นความจริงของเรื่องเพื่อให้การทุกอย่างเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย และเมื่อผู้ใดเข้ามาเป็นคู่กรณีในการพิจารณาทางปกครองแล้ว กฎหมายถือเป็นหน้าที่ของผู้นั้นที่จะต้องให้ความร่วมมือกับเจ้าหน้าที่ในการพิสูจน์ข้อเท็จจริง ถ้าคู่กรณีไม่ให้ความร่วมมือหรือไม่แจ้งสิ่งที่ตนทราบอันเป็นการฝ่าฝืนหน้าที่ก็ถือว่าเจ้าหน้าที่ได้พิจารณาครบตามหน้าที่แล้ว หากปรากฏว่าคำสั่งทางปกครองผิดพลาดเพราะเหตุดังกล่าวและถูกเพิกถอนในภายหลังคู่กรณีผู้นั้นก็จะเรียกร้องเอาประโยชน์มิได้

### 5.3 ขั้นตอนการปิดกระบวนการพิจารณา

กระบวนการพิจารณาทางปกครองย่อมยุติลงโดยการที่เจ้าหน้าที่ออกคำสั่งทางปกครอง หรือปฏิเสธคำขอของคู่กรณีที่เรียกร้องให้ออกคำสั่งทางปกครอง เมื่อเจ้าหน้าที่ตัดสินใจไปในทางใดทางหนึ่งแล้ว เจ้าหน้าที่ต้องแจ้งคำสั่งทางปกครองดังกล่าวไปยังคู่กรณี เมื่อเจ้าหน้าที่ได้แจ้งคำสั่งทางปกครองไปยังคู่กรณีแล้ว คำสั่งทางปกครองนั้นย่อมมีผลใช้บังคับคู่กรณี คู่กรณีที่ไม่เห็นด้วยกับคำสั่งทางปกครองดังกล่าวย่อมมีสิทธิที่จะอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครองนั้นภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด เมื่อมีการอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครองนั้นแล้ว เจ้าหน้าที่ในชั้นอุทธรณ์ก็จะเปิดกระบวนการพิจารณาในชั้นอุทธรณ์ซึ่งเป็นการเริ่มกระบวนการพิจารณาทางปกครองใหม่อีกครั้งในชั้นอุทธรณ์นั่นเอง<sup>79</sup>

## 6. ความหมาย แนวความคิด และหลักการเกี่ยวกับฝ่ายปกครอง

### 6.1 ความหมายของฝ่ายปกครอง

ในการปกครองรัฐนั้น รัฐบาลเป็นองค์กรที่สำคัญที่สุดที่ถูกตั้งขึ้นมาเพื่อบริหารกิจการของรัฐ รัฐบาลได้แก่คณะบุคคลที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจบริหารเพื่อดำเนินการทางปกครองประเทศ รัฐบาลมีอำนาจหน้าที่ในการบริหารราชการแผ่นดินเป็นผู้กำหนดนโยบายและวาง

<sup>78</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *กฎหมายปกครองภาคทั่วไป*, หน้า 315

<sup>79</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *กฎหมายปกครองภาคทั่วไป*, หน้า 183

แนวทางในการปกครองประเทศ แต่ฝ่ายที่จะปฏิบัติให้สำเร็จตามนโยบายและการดำเนินงานเป็นประจำนั้น ได้แก่ ฝ่ายปกครองซึ่งมีหน้าที่ และกำลังคน ตลอดจนเครื่องมือที่จะดำเนินการในรายละเอียดเป็นปกติประจำวัน โดยปฏิบัติงานต่างๆ เพื่อตอบสนองความต้องการหรือประโยชน์ส่วนรวมของประชาชน ซึ่งเรียกว่าบริการสาธารณะ<sup>80</sup> และคำว่าฝ่ายปกครองนี้ได้มีนักวิชาการได้ให้ความหมายไว้ ดังนี้

Jean Rivero ได้อธิบายว่า ในการจัดองค์กรของรัฐนั้นมีหลักการพื้นฐานที่สำคัญคือ การแบ่งแยกอำนาจหน้าที่ระหว่างองค์กรของรัฐ 2 ประการ คือ องค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ในการกำหนดและกำกับนโยบายในระดับสูงสุด องค์กรประเภทนี้เรียกว่า “ฝ่ายบริหาร” และองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ในการเตรียมการและการปฏิบัติการให้เป็นไปตามนโยบายที่องค์กรดังกล่าวได้กำหนดไว้ องค์กรประกอบนี้เรียกว่า “ฝ่ายปกครอง”

Hartmut Maurer ได้อธิบายว่า การให้ความหมายของ “ฝ่ายปกครอง” อาจให้ความหมายของ ฝ่ายปกครองในทางเนื้อหา และฝ่ายปกครองในทางรูปแบบ<sup>81</sup>

(1) ความหมายฝ่ายปกครองในทางเนื้อหา หมายถึง องค์กรฝ่ายปกครองซึ่งทำภาระหน้าที่ในฐานะที่เป็นภาระหน้าที่ของรัฐ โดยถือว่าเป็นภาระหน้าที่โดยแท้ของฝ่ายปกครอง การให้ความหมายฝ่ายปกครองในทางเนื้อหาอาจให้ความหมายได้ 2 ลักษณะ คือ การให้ความหมายทางปฏิเสธ (Negative) กับการให้ความหมายในทางพรรณนา (Positive)

การให้ความหมายในทางปฏิเสธ มีพื้นฐานมาจากหลักคำสอนว่าด้วยการแบ่งแยกอำนาจ ซึ่งมีการแบ่งแยกระหว่างอำนาจนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ ตามทฤษฎีการแบ่งแยกอำนาจภารกิจของฝ่ายปกครอง หมายถึง ภารกิจที่ไม่ใช่ภารกิจในทางนิติบัญญัติ และไม่ใช่งานในทางตุลาการ โดย Otto Mayer และ Jellinek ได้ให้ความหมายของฝ่ายปกครองในลักษณะที่เป็นการปฏิเสธว่า ฝ่ายปกครองคือองค์กรที่ทำภารกิจของรัฐหรือผู้ใช้อำนาจมหาชน ที่ไม่ใช่ฝ่ายนิติบัญญัติ และฝ่ายตุลาการ การให้ความหมายฝ่ายปกครองในทางปฏิเสธทำให้ทราบว่าฝ่ายปกครองเป็นองค์กรของรัฐที่ถูกจัดตั้งขึ้นโดยมีความเกี่ยวข้องกับการทำภารกิจของรัฐ

การให้ความหมายในทางพรรณนา โดยเหตุที่การให้ความหมายของฝ่ายปกครองในทางปฏิเสธไม่สามารถทำให้เข้าใจความหมายของฝ่ายปกครองได้ จึงมีความพยายามที่ให้ความหมายฝ่ายปกครองในทางพรรณนา เช่น Peters ให้ความหมายว่า ฝ่ายปกครอง หมายถึง องค์กรของรัฐที่ทำให้วัตถุประสงค์ของรัฐมีผลในทางความเป็นจริงขึ้นกรณีหนึ่ง Forsthoff ให้ความหมาย

<sup>80</sup> “เรื่องเดียวกัน”, หน้า 30

<sup>81</sup> Hartmut Mauere 1992, Allgemeines Verwaltungsrecht p.2 อ้างใน บรรณเจิด สิงคนดิ, *หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง*, กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2551, หน้า 15

ว่า ฝ่ายปกครอง หมายถึง องค์กรของรัฐที่มีหน้าที่ในทางสังคมในขอบเขตของกฎหมายและอยู่บนพื้นฐานของกฎหมาย<sup>82</sup>

องค์กรที่อาจเป็นฝ่ายปกครองในทางเนื้อหา ได้แก่

ก. องค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร ในความหมายอย่างกว้าง องค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร ประกอบไปด้วยพระมหากษัตริย์ คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี ตลอดจนบรรดาองค์กรรัฐฝ่ายปกครองทั้งปวงที่ตกอยู่ภายใต้การบังคับบัญชาหรือกำกับดูแลของนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีคนใดคนหนึ่ง องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารที่เป็นองค์กรซึ่งกำหนดนโยบายอำนาจการบริหารราชการแผ่นดินและกระทำการในทางรัฐธรรมนูญ ซึ่งได้แก่ พระมหากษัตริย์ คณะรัฐมนตรี และรัฐมนตรีคนใดคนหนึ่งองค์กรของรัฐเหล่านี้อาจเป็นองค์กรฝ่ายปกครองได้ หากการกระทำดังกล่าวมีลักษณะเป็นการใช้อำนาจทางปกครองหรือดำเนินกิจกรรมทางปกครอง

ข. องค์กรอิสระ หมายถึง องค์กรซึ่งไม่ตกอยู่ภายใต้การบังคับบัญชาหรือการกำกับดูแลของคณะรัฐมนตรี หรือนายกรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรีคนใดคนหนึ่ง องค์กรอิสระที่ดำเนินกิจกรรมทางปกครอง ในระบบกฎหมายไทย เช่น คณะกรรมการกิจการวิเทศกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์และกิจการ โทรคมนาคมแห่งชาติ ซึ่งถือเป็นองค์กรฝ่ายปกครองที่เป็นอิสระ นอกจาก องค์กรฝ่ายปกครองที่เป็นอิสระแล้วยังมีองค์กรบางประเภทที่เป็นระบบกฎหมายไทยกำหนดให้มีขึ้น เรียกว่า องค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ เช่น คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน เป็นต้น องค์กรเหล่านี้หากใช้อำนาจทางปกครองหรือดำเนินกิจการทางปกครอง ย่อมถือว่าเป็นฝ่ายปกครองในทางเนื้อหาเช่นเดียวกัน

ค. องค์กรย่อยขององค์กรนิติบัญญัติและองค์กรตุลาการ องค์กรย่อยเหล่านี้ คือ ตำแหน่งที่ระบบกฎหมายจัดตั้งขึ้นเพื่อให้ดำเนินกิจกรรมขององค์กรของรัฐ เช่น ประธาน สภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภา ประธานศาลรัฐธรรมนูญ ประธานศาลฎีกา ประธานศาลปกครองสูงสุด โดยปกติไม่ถือว่าเป็นองค์กรต่างๆ เหล่านี้เป็นองค์กรฝ่ายปกครอง เนื่องจากองค์กรเหล่านี้ปฏิบัติหน้าที่ให้แก่องค์กรนิติบัญญัติ และองค์กรตุลาการ เช่น ประธานศาลฎีกา ในกรณีพิพาทพิพาทคดีถือว่าใช้อำนาจตุลาการเป็นองค์กรในตุลาการ อย่างไรก็ตาม อาจมีบางกรณีที่องค์กรเหล่านี้ใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติที่รัฐสภาก่อตั้งขึ้นดำเนินการในทางปกครอง เช่น ประธานศาลฎีกาเป็นประธานคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม (ก.ต.) ในกรณีนี้ต้องถือว่าเป็นประธานศาลฎีกาเป็นฝ่ายปกครองในทางเนื้อหา

<sup>82</sup> บรรเจิด สิงคนดี, *หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง*, หน้า 14

ง. เอกชนที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจปกครอง ในกรณีที่มีกฎหมายกำหนด ให้ เอกชนมีอำนาจทางปกครองในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง ย่อมต้องถือว่าในกรณีนั้นเอกชนเป็น ฝ่ายปกครองในทางเนื้อหาเช่นเดียวกัน<sup>83</sup>

(2) ความหมายของฝ่ายปกครองในทางรูปแบบ หมายถึง ฝ่ายปกครองที่ทำการกระทำในทางปกครองโดยรวม การกระทำที่ได้กระทำโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองดังกล่าวนี้ ไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่าการกระทำที่เป็นการกระทำของฝ่ายปกครองโดยแท้หรือไม่ ความหมายของฝ่ายปกครองอาจให้สาระสำคัญขององค์กรฝ่ายปกครองไว้ว่ามีสาระสำคัญอย่างน้อย 4 ประการ ดังนี้

ก. พิจารณาในแง่ของภาระหน้าที่ของฝ่ายปกครอง ภาระหน้าที่ของฝ่ายปกครองจะเกี่ยวข้องกับเรื่องของการอาศัยอยู่ร่วมกันในสังคม ฝ่ายปกครองจะต้องมีภาระหน้าที่เกี่ยวข้องกับเรื่องของคนส่วนรวมและเรื่องของคนหมู่มากที่อาศัยอยู่ร่วมกันในสังคม

ข. พิจารณาในแง่ผลประโยชน์ การดำเนินการของฝ่ายปกครองนั้นจะต้องดำเนินการไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ ผลประโยชน์สาธารณะในบางกรณีย่อมสอดคล้องกับผลประโยชน์ของปัจเจกบุคคล และในบางกรณีอาจขัดแย้งกับประโยชน์ของปัจเจกบุคคล แต่อย่างไรก็ตาม การดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะจะต้องคำนึงถึงประโยชน์ของปัจเจกบุคคลด้วย

ค. พิจารณาจากการดำเนินการ การดำเนินการของฝ่ายปกครองมีลักษณะเป็นการดำเนินการ โดยมีความมุ่งหมายไปในอนาคต โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีที่ฝ่ายปกครองปฏิบัติตามกฎหมายซึ่งฝ่ายนิติบัญญัติได้กำหนดไว้ในลักษณะเป็นนามธรรมทั่วไป ฝ่ายปกครองจะต้องทำให้สิ่งที่ป็นนามธรรมทั่วไปเหล่านี้เป็นรูปธรรมที่เป็นจริงขึ้น แต่อย่างไรก็ตาม การทำภาระหน้าที่ของฝ่ายปกครองมิได้จำกัดอยู่เฉพาะกับการปฏิบัติตามกฎหมายเท่านั้น การดำเนินการของฝ่ายปกครองอาจมีลักษณะอื่นๆ อีกได้แต่จะต้องอยู่ภายในขอบเขตของกฎหมายและต้องผูกพันต่อแนวนโยบายของรัฐบาล

ง. พิจารณาจากลักษณะการกระทำ ลักษณะการกระทำของฝ่ายปกครองมีลักษณะเป็นการใช้มาตรการที่เป็นรูปธรรมในกรณีใดกรณีหนึ่ง และเป็นการทำให้เกิดผลเป็นจริงตามความมุ่งหมายที่กำหนดไว้ ด้วยเหตุนี้การกระทำของฝ่ายปกครองจึงแตกต่างจากฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งมีลักษณะเป็นนามธรรมทั่วไป ซึ่งเกี่ยวข้องกับกรณีที่ไม่อาจจะกำหนดจำนวนได้<sup>84</sup>

## 6.2 อำนาจหน้าที่ของฝ่ายปกครอง

โดยที่ภารกิจของฝ่ายปกครองมีความหลากหลายมาก เราจึงสามารถจัดแบ่งประเภทของฝ่ายปกครองได้ในหลายลักษณะขึ้นอยู่กับว่าจะใช้อะไรเป็นเกณฑ์ ในที่นี้จะแยก

<sup>83</sup> วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, *กฎหมายปกครองภาคทั่วไป*, หน้า 10

<sup>84</sup> “เรื่องเดียวกัน”, หน้า 16



ประเภทของฝ่ายปกครองจากภารกิจและวัตถุประสงค์ของการปกครอง และประเภทของฝ่ายปกครองจากลักษณะของการกระทำและระดับความผูกพันต่อกฎหมาย เพื่อให้เห็นลักษณะเด่นของฝ่ายปกครอง

**6.2.1 ประเภทของฝ่ายปกครองที่พิจารณาจากภารกิจและวัตถุประสงค์ของการปกครอง** หากพิจารณาภารกิจตลอดจนวัตถุประสงค์ของการปกครองแล้ว อาจแยกฝ่ายปกครองได้ดังต่อไปนี้

1) ฝ่ายปกครองที่ทำหน้าที่รักษาความเป็นระเบียบในสังคม หน่วยงานทางปกครองกลุ่มนี้จะทำหน้าที่รักษาไว้ซึ่งความสงบเรียบร้อยสาธารณะ ความปลอดภัยสาธารณะ การป้องกันอันตรายที่มีต่อสาธารณะ เช่น รักษาความเป็นระเบียบของถนนหนทาง รักษากฎจราจร ควบคุมดูแลการประกอบกิจกรรมทางธุรกิจ ป้องปรามโรคระบาด เป็นต้น โดยทั่วไปแล้วฝ่ายปกครองที่ทำหน้าที่ในลักษณะเช่นนี้มักจะใช้อำนาจตามกฎหมายดำเนินการล่วงสิทธิของราษฎรในรูปของการกำหนดหน้าที่หรือภาระบางประการให้แก่ราษฎร

2) ฝ่ายปกครองที่ทำหน้าที่ส่งเสริมคุณภาพชีวิตของราษฎร หน่วยงานทางปกครองกลุ่มนี้ จะทำหน้าที่ให้ความช่วยเหลือ สนับสนุน ตลอดจนส่งเสริมให้ราษฎรมีชีวิตเป็นอยู่ที่ดีขึ้น เช่น การดำเนินการเกี่ยวกับการประกันสังคม การสงเคราะห์คนชรา การให้ทุนการศึกษา นอกจากนี้ หน่วยงานทางปกครองกลุ่มนี้ยังดำเนินการเกี่ยวกับการสร้างสิ่งสาธารณูปโภค หรือสิ่งปลูกสร้างต่างๆ ที่จำเป็นแก่การส่งเสริมคุณภาพชีวิต เช่น การวางท่อประปา การเดินสายไฟ การสร้างโรงเรียน เป็นต้น

3) ฝ่ายปกครองที่ทำหน้าที่กำกับกิจการของรัฐที่แปรรูปเป็นเอกชน แรกเริ่มเดิมทีนั้นรัฐเป็นผู้ดำเนินการที่เกี่ยวกับสาธารณูปโภค การอุตสาหกรรม หรือการพาณิชย์ ธรรมดาบางประเภทด้วยตนเอง อย่างไรก็ตามในเวลาต่อมารัฐได้ดำเนินการแปรรูปหน่วยงานของรัฐที่ดำเนินกิจกรรมดังกล่าวไปเป็นเอกชน และเปิดโอกาสให้เอกชนรายอื่นเข้ามาดำเนินกิจกรรมทางธุรกิจเหล่านี้แข่งขันกันเอง โดยรัฐจะเป็นเพียงผู้กำกับ โดยกำหนดกฎเกณฑ์ทางกฎหมายเท่าที่จำเป็นเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่เอกชนที่ดำเนินกิจกรรมทางธุรกิจเหล่านี้ และเพื่อคุ้มครองมิให้เกิดการเอารัดเอาเปรียบแก่ราษฎรซึ่งมาใช้บริการเท่านั้น หน่วยงานทางปกครองกลุ่มนี้ จึงเป็นฝ่ายปกครองที่กำหนดกฎเกณฑ์การแข่งขัน การออกใบอนุญาตประกอบกิจการ ตลอดจนการวินิจฉัยชี้ขาดในชั้นต้นเมื่อเกิดข้อพิพาทหรือการเรียกร้องจากราษฎรซึ่งมาใช้บริการกิจกรรมทางเศรษฐกิจในกลุ่มนี้ได้แก่ กิจการพลังงาน กิจการโทรคมนาคม กิจการไปรษณีย์ กิจการขนส่งมวลชน เป็นต้น

4) ฝ่ายปกครองที่ทำหน้าที่สนับสนุนและควบคุมกิจการในทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม หน่วยงานทางปกครองกลุ่มนี้ จะทำหน้าที่วางมาตรการที่สำคัญในการ

กำหนดทิศทางเศรษฐกิจ เช่น การให้เงินอุดหนุนผู้ประกอบการที่รัฐต้องการสนับสนุนกิจการในด้านนั้นเพื่อผลประโยชน์ในระดับมหภาค การส่งเสริมกิจกรรมทางวัฒนธรรม เช่น การอนุรักษ์ภาพยนตร์เก่า เป็นต้น

5) ฝ่ายปกครองที่ทำหน้าที่ในทางการคลังและภาษีอากร หน่วยงานทางปกครองกลุ่มนี้ ทำหน้าที่ในด้านการจัดเก็บรายได้เข้าคลังไม่ว่าจะในรูปของภาษี อากรค่าธรรมเนียมต่างๆ

6) ฝ่ายปกครองที่ทำหน้าที่สนับสนุนฝ่ายปกครองด้วยตนเอง หน่วยงานทางปกครองกลุ่มนี้ ทำหน้าที่ในการจัดหาวัสดุอุปกรณ์ ตลอดจนบุคลากรให้แก่ฝ่ายปกครองรวมทั้งการจัดการระบบบริหารบุคลากรในฝ่ายปกครอง

### 6.2.2 ประเภทของฝ่ายปกครองที่พิจารณาจากลักษณะของการกระทำ และระดับ

**ความผูกพันต่อกฎหมาย** หากพิจารณาจากลักษณะของการกระทำและผลในทางกฎหมายที่เกิดจากการกระทำของฝ่ายปกครอง ตลอดจนพิจารณาจากระดับของความผูกพันที่ฝ่ายปกครองมี ต่อกฎหมายแล้วเราอาจแยกฝ่ายปกครองออกเป็นประเภทต่างๆ โดยสังเขปได้ ดังนี้<sup>85</sup>

1) ฝ่ายปกครองซึ่งใช้อำนาจทางปกครองกระทบสิทธิของราษฎร ฝ่ายปกครองประเภทนี้จะกระทำการทางกฎหมายโดยกำหนดภาระหน้าที่ให้แก่ราษฎร คือกำหนดให้ราษฎรกระทำการงดเว้นกระทำการ หรือให้ราษฎรยอมให้ผู้อื่นกระทำการอันเป็นผลร้ายแก่ตน โดยจะต้องไม่หน่วงเหนี่ยวขัดขวาง การใช้อำนาจทางปกครองในลักษณะเช่นนี้ฝ่ายปกครองจะใช้วิธีการออกคำสั่งอันเป็นการสั่งการฝ่ายเดียว ไม่ต้องได้รับความยินยอมจากบุคคลผู้ตกอยู่ภายใต้คำสั่ง เช่น สั่งให้ชำระค่าธรรมเนียม สั่งให้รื้อถอนอาคาร สั่งห้ามประกอบธุรกิจ สั่งให้สลายการชุมนุม

2) ฝ่ายปกครองซึ่งกระทำการอันมีลักษณะเป็นการให้ประโยชน์แก่ราษฎร ฝ่ายปกครองประเภทนี้ จะกระทำโดยให้ประโยชน์ในลักษณะต่างๆ แก่ราษฎร เช่น การให้เงินอุดหนุน การออกใบอนุญาตให้ก่อสร้างอาคาร การให้ทุนการศึกษา เป็นต้น

3) ฝ่ายปกครองซึ่งดำเนินกิจกรรมในรูปลักษณะของนิติบุคคลเอกชน ฝ่ายปกครองประเภทนี้จะดำเนินกิจกรรมทางปกครอง โดยการก่อตั้งนิติบุคคลเอกชนให้เป็นผู้กระทำการในหลายกรณีมักจะมีการแปรรูปหน่วยงานทางปกครองที่จัดตั้งขึ้นในระบบกฎหมายมหาชนให้เป็นบริษัทซึ่งเป็นนิติบุคคลเอกชน โดยรัฐจะเป็นผู้ถือหุ้นหรือกำกับการทำงานอยู่เบื้องหลังโดยทั่วไปแล้วการดำเนินการโดยวิธีเช่นนี้จะมีลักษณะเป็นการบริการสาธารณะ เช่น การดำเนินกิจการของบริษัทการบินไทย จำกัด (มหาชน) เป็นต้น

<sup>85</sup> “เรื่องเดียวกัน”, หน้า 15

4) ฝ่ายปกครองซึ่งดำเนินการบังคับการตามกฎหมายเมื่อพิจารณาจากระดับความผูกพันต่อกฎหมาย ฝ่ายปกครองประเภทนี้เป็นฝ่ายปกครองที่มีหน้าที่ในการบังคับการตามกฎหมาย กล่าวคือ ใช้และตีความกฎหมายตลอดจนใช้อำนาจจากรากฐานของกฎหมายที่ชัดเจนเข้ากระทำการในลักษณะที่เป็นการสร้างภาระหรือประโยชน์แก่ผู้ที่ตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายแล้วแต่กรณี

5) ฝ่ายปกครองซึ่งดำเนินกิจกรรมทางปกครองโดยไม่ต้องอาศัยฐานอำนาจทางกฎหมายเมื่อพิจารณาจากระดับความผูกพันต่อกฎหมาย ฝ่ายปกครองประเภทนี้สามารถดำเนินกิจกรรมทางปกครองได้ โดยไม่จำเป็นต้องอ้างอิงหรืออาศัยฐานอำนาจทางกฎหมายโดยปกติทั่วไป ฝ่ายปกครองประเภทนี้จะทำหน้าที่ส่งเสริมคุณภาพชีวิตความเป็นอยู่ของราษฎร เช่น ฝ่ายปกครองที่ทำหน้าที่ผลิตและให้บริการน้ำประปา เป็นต้น

### 6.3 หลักการจัดองค์กรฝ่ายปกครอง

ในการดำเนินกิจกรรมของฝ่ายปกครองเพื่อให้มีประสิทธิภาพและประสบผลสำเร็จจำเป็นต้องมีการจัดองค์กรฝ่ายปกครองเพื่อให้เกิดความสอดคล้องกับการดำเนินกิจกรรมดังกล่าว ซึ่งการจัดองค์กรฝ่ายปกครองอาจแบ่งได้ดังนี้

**6.3.1 แบ่งตามลักษณะการใช้อำนาจขององค์กรฝ่ายปกครอง** หลักในการจัดระเบียบ บริหารราชการแผ่นดินที่ใช้อยู่ในประเทศต่างๆ นั้นมีอยู่สองหลัก คือ หลักรวมอำนาจทางปกครอง (Centralisation) และหลักการกระจายอำนาจทางปกครอง (Decentralization) ซึ่งเมื่อพิจารณาจากพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ.2534 จะเห็นได้ว่าการจัดระเบียบบริหารราชการในประเทศไทยได้นำหลักการรวมอำนาจปกครองมาใช้ผสมกับหลักการกระจายอำนาจทางปกครอง<sup>86</sup>

1) *ราชการบริหารส่วนกลาง* การรวมอำนาจปกครองเป็นวิธีการหนึ่งในการจัดการปกครองประเทศที่มีการรวมอำนาจในการปกครองทั้งหมดไว้ที่ “ส่วนกลาง” คือ กระทรวง ทบวง กรมของรัฐ และมีเจ้าหน้าที่ของส่วนกลางซึ่งขึ้นต่อกันตามลำดับชั้นการบังคับบัญชาเป็นผู้ดำเนินการปกครองตลอดจนอาณาเขตของประเทศ การรวมอำนาจปกครองมีลักษณะสำคัญสามประการ คือ มีการรวมกำลังในการบังคับต่างๆ คือ กำลังทหารและกำลังตำรวจให้ขึ้นต่อส่วนกลาง มีการรวมอำนาจวินิจฉัยสั่งการไว้ที่ส่วนกลางและมีการลำดับการบังคับบัญชาเจ้าหน้าที่<sup>87</sup> โดยปัจจุบันตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ.2545 และที่แก้ไข

<sup>86</sup> ฐิติญา วัฒนรุ่ง, *หลักกฎหมายมหาชน*, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2552, หน้า 420

<sup>87</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, *กฎหมายปกครอง*, กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2553, หน้า 235

เพิ่มเติม เมื่อนับรวมสำนักนายกรัฐมนตรีซึ่งมีฐานะเป็นกระทรวงด้วยแล้ว ประเทศไทยมีกระทรวงทั้งสิ้น 20 กระทรวง คือ

- (1) สำนักนายกรัฐมนตรี
- (2) กระทรวงกลาโหม
- (3) กระทรวงการคลัง
- (4) กระทรวงการต่างประเทศ
- (5) กระทรวงการท่องเที่ยวและกีฬา
- (6) กระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์
- (7) กระทรวงเกษตรและสหกรณ์
- (8) กระทรวงคมนาคม
- (9) กระทรวงดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคม
- (10) กระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม
- (11) กระทรวงพลังงาน
- (12) กระทรวงพาณิชย์
- (13) กระทรวงมหาดไทย
- (14) กระทรวงยุติธรรม
- (15) กระทรวงแรงงาน
- (16) กระทรวงวัฒนธรรม
- (17) กระทรวงวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี
- (18) กระทรวงศึกษาธิการ
- (19) กระทรวงสาธารณสุข
- (20) กระทรวงอุตสาหกรรม

2) **ราชการบริหารส่วนภูมิภาค** ราชการบริหารภูมิภาคเป็นการจัดการปกครองโดยใช้หลักการกระจายการรวมศูนย์อำนาจ หรือการแบ่งอำนาจให้แก่ส่วนภูมิภาค โดยราชการบริหารส่วนกลางจะส่งเจ้าหน้าที่ของส่วนกลางหรือตัวแทนจากส่วนกลางไปปฏิบัติราชการในส่วนภูมิภาค โดยเจ้าหน้าที่เหล่านี้ต้องรับคำสั่งจากจากส่วนกลาง คือ กระทรวง ทบวง กรม ไปปฏิบัติตามแผนและนโยบายของรัฐบาล แต่เจ้าหน้าที่เหล่านี้จะมีอำนาจตัดสินใจในบางเรื่องบางระดับ โดยไม่ต้องส่งเรื่องเข้ามาขออนุญาต อนุมัติจากส่วนกลางได้ อย่างไรก็ตามการจัดการระเบียบบริหารราชการส่วนภูมิภาคถือเป็นส่วนหนึ่งของหลักการรวมอำนาจ เป็นหลักการที่แยกออกมาจากหลักรวมอำนาจและเจ้าหน้าที่ในส่วนภูมิภาคที่ถือว่าเป็นคนของส่วนกลางนั้นยังต้องอยู่ในบังคับ

บัญชาของส่วนกลาง กล่าวคือ เจ้าหน้าที่ระดับสูงของส่วนกลางในฐานะผู้บังคับบัญชานั้น มีอำนาจที่จะสั่งการให้ผู้อยู่ใต้บังคับบัญชาปฏิบัติตามคำสั่งและมีอำนาจที่จะเข้าไปควบคุมการปฏิบัติงานของผู้อยู่ใต้บังคับบัญชา อีกทั้งมีอำนาจในการลงโทษทางวินัยและมีอำนาจให้บำเหน็จความดีความชอบ ราชการบริหารส่วนภูมิภาคของประเทศไทยในปัจจุบัน ได้แก่ จังหวัด อำเภอ กิ่งอำเภอ ตำบล และหมู่บ้าน

3) ราชการบริหารส่วนท้องถิ่น การที่รัฐจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นก็เพื่อมอบอำนาจให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นดำเนินกิจการของตนเองได้โดยมีความเป็นอิสระตามสมควรและอยู่ภายใต้การควบคุมกำกับของรัฐ การปกครองส่วนท้องถิ่นมีองค์ประกอบที่สำคัญสามประการ คือ<sup>88</sup>

ประการที่หนึ่ง มีการแยกหน่วยงานออกไปเป็นองค์การนิติบุคคล อิสระจากองค์การของราชการบริหารส่วนกลาง เช่น องค์การบริหารส่วนจังหวัด เทศบาล องค์การบริหารส่วนตำบล เมืองพัทยา และกรุงเทพมหานคร ยังมีนิติบุคคลแยกออกไปมากขึ้นเท่าใดก็นับว่ามีการกระจายอำนาจมากขึ้นเท่านั้น นิติบุคคลเหล่านี้เป็นนิติบุคคลในกฎหมายมหาชนที่มีงบประมาณและเจ้าหน้าที่ของตนเองกับมีความอิสระในการจัดทำบริการสาธารณะที่ได้รับมอบหมาย โดยไม่ต้องขอรับคำสั่งจากราชการบริหารส่วนกลาง ราชการบริหารส่วนกลางเพียงแต่คอยควบคุมให้ปฏิบัติหน้าที่โดยถูกต้องเท่านั้นมิได้เข้าบังคับบัญชาหรืออำนวยการเอง

ประการที่สอง มีการเลือกตั้งโดยเฉพาะอย่างยิ่งการกระจายอำนาจปกครองให้แก่ท้องถิ่น องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นย่อมประกอบด้วยเจ้าหน้าที่ซึ่งได้รับการเลือกตั้งจากรายกรในท้องถิ่นบางส่วน โดยเฉพาะองค์กรสำหรับเป็นที่ประชุมปรึกษากิจการ เช่น สภาเทศบาล สภาจังหวัดที่ประกอบด้วยสมาชิกซึ่งราษฎรเลือกตั้งขึ้นมา ทั้งนี้ เพื่อให้ราษฎรในท้องถิ่นได้เข้ามามีส่วนร่วมในการปกครองท้องถิ่น ถ้าไม่มีการเลือกตั้งเลยก็ไม่แน่ว่ามีการกระจายอำนาจปกครองให้แก่ท้องถิ่นอย่างแท้จริง ด้วยเหตุนี้หลักการกระจายอำนาจปกครอง จึงมีหลักการตรงกันข้ามกับหลักการรวมอำนาจปกครองซึ่งถือว่าการแต่งตั้งเป็นสาระสำคัญเจ้าหน้าที่ตำแหน่งต่างๆ ผู้ดำเนินการปกครองได้รับการแต่งตั้งจากราชการบริหารส่วนกลางมิใช่เป็นผู้ได้รับการเลือกตั้งจากรายกร เหมือนกับการกระจายอำนาจให้แก่ท้องถิ่น

ประการที่สาม องค์กรตามหลักการกระจายอำนาจปกครองมีความเป็นอิสระในการดำเนินการตามหน้าที่ กล่าวคือ อาจดำเนินการที่ได้รับมอบหมายได้เองโดยไม่ต้องรับคำสั่งหรืออยู่ใต้บังคับบัญชาตามลำดับชั้นของราชการบริหารส่วนกลาง มีอำนาจวินิจฉัยสั่งการและดำเนินกิจการได้ด้วยงบประมาณและด้วยเจ้าหน้าที่ของตนเอง ถ้าองค์กรใดไม่มีความเป็นอิสระ

<sup>88</sup> ประยูร กาญจนกุล, คำบรรยายกฎหมายปกครอง, หน้า 183

เช่นนี้หรือมีเพียงหน้าที่เสนอข้อแนะนำหรือให้คำปรึกษาแก่ราชการบริหารส่วนกลางหรือราชการบริหารส่วนภูมิภาคเท่านั้น ก็ไม่ถือว่าเป็นการกระจายอำนาจอย่างแท้จริง

**6.3.2 แบ่งตามลักษณะขององค์กรฝ่ายปกครอง** การจัดตั้งองค์กรของรัฐให้มีอำนาจหน้าที่ต่างๆ เพื่อดำเนินภารกิจของรัฐโดยปกติจะตั้งจัดตั้งโดยกฎหมาย ส่วนจะเป็นกฎหมายในระดับใดนั้นขึ้นอยู่กับสถานะขององค์กรนั้นๆ ว่ามีอำนาจหน้าที่กระทบต่อสิทธิหน้าที่ของประชาชนโดยทั่วไปหรือไม่ ถ้ามีจะต้องจัดตั้งโดยพระราชบัญญัติแต่ถ้าอยู่ในลักษณะเป็นการจัดระเบียบภายในองค์กรหรือหน่วยงานของรัฐเองก็ไม่จำเป็นต้องตราเป็นพระราชบัญญัติอาจจัดตั้งโดยกฎหมายลำดับรองหรือระเบียบทางบริหารก็ได้ องค์กรฝ่ายปกครองแบ่งออกได้หลายประเภทแล้วแต่เกณฑ์ที่จะนำมา<sup>89</sup> ซึ่งหากแบ่งตามลักษณะขององค์กรแบ่งได้ ดังนี้

1) *องค์กรเดี่ยวหรือองค์กรกลุ่ม* องค์กรของรัฐประเภทนี้แบ่งโดยพิจารณาจากจำนวนสมาชิกที่ประกอบขึ้นเป็นองค์กรนั้น ถ้าองค์กรนั้นประกอบด้วยสมาชิกเพียงคนเดียวก็จะเป็น “องค์กรเดี่ยว” ถ้าประกอบด้วยสมาชิกหลายคนก็จัดเป็น “องค์กรกลุ่ม” การแบ่งในลักษณะนี้ทำให้เห็นลักษณะในการแสดงเจตนาที่แตกต่างกัน การแสดงเจตนาขององค์กรเดี่ยวนั้นไม่ซับซ้อนเพราะสามารถตัดสินใจ และการแสดงเจตนาโดยบุคคลคนเดียวไม่ต้องร่วมตัดสินใจกับองค์กรอื่น เพียงแต่พิจารณาเฉพาะขอบเขตอำนาจหน้าที่ขององค์กรนั้นก็เพียงพอ เช่น นายกรัฐมนตรี รัฐมนตรี ปลัดกระทรวง เป็นต้น ส่วนองค์กรกลุ่มนั้นการตัดสินใจและการแสดงเจตนามีความซับซ้อนกว่าองค์กรเดี่ยว เพราะองค์กรกลุ่มประกอบด้วยสมาชิกหลายคน เช่น คณะรัฐมนตรี รัฐสภา หรือองค์กรลำดับรองลงมาที่อยู่ในรูปคณะกรรมการต่างๆ เป็นต้น ด้วยเหตุนี้จึงมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าการตัดสินใจและการแสดงเจตนาขององค์กรกลุ่ม ว่าชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ดังต่อไปนี้<sup>90</sup>

ก. *พิจารณาจากองค์ประกอบ* ตามกฎหมายจัดตั้งองค์กรกลุ่มจะต้องระบุจำนวนสมาชิกขององค์กรกลุ่มไว้ว่ามีจำนวนเท่าใด เช่น คณะรัฐมนตรีตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ.2560 ประกอบด้วย นายกรัฐมนตรี จำนวน 1 คน และรัฐมนตรีอีกไม่เกิน จำนวน 35 คน เป็นต้น โดยหลักแล้วมติขององค์กรกลุ่มจะชอบด้วยกฎหมายต่อเมื่อมีองค์ประกอบครบถ้วนในขณะที่ประชุมมีมติเรื่องใดเรื่องหนึ่ง หากสมาชิกขององค์กรกลุ่มตายหรือลาออกก็ต้องดำเนินการตามวิธีการที่กฎหมายกำหนดให้มีสมาชิกครบถ้วนตามองค์ประกอบที่กฎหมายกำหนดไว้ก่อนจึงจะดำเนินการประชุมมีมติได้

ข. *พิจารณาจากองค์ประชุม* การแสดงเจตนาหรือมีมติใดๆ ขององค์กรกลุ่มจะต้องเกิดขึ้นจากการประชุมปรึกษาหารือแลกเปลี่ยนเหตุผลซึ่งกันและกันในบรรดาสมาชิกของ

<sup>89</sup> สมยศ เชื้อไทย, *หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น*, หน้า 205

<sup>90</sup> “เรื่องเดียวกัน”, หน้า 206

องค์กรกลุ่ม เพราะการจัดตั้งองค์กรกลุ่มซึ่งประกอบด้วยสมาชิกจำนวนหนึ่งนั้นมีความมุ่งหมายที่จะให้มีการแลกเปลี่ยนเหตุผลซึ่งกันและกันตามหลักการของประชาธิปไตย ซึ่งเชื่อว่าหลังจากเปลี่ยนแปลงเหตุผลซึ่งกันและกันแล้วจะมีความคิดเห็นที่ถูกต้องร่วมกัน ด้วยเหตุนี้ก่อนการประชุมจะต้องมีหนังสือเรียกประชุม ระบุวัน เวลา สถานที่ที่จะประชุมเรื่องที่บรรจุเป็นระเบียบวาระที่จะพิจารณาไปถึงสมาชิกองค์กรกลุ่มทุกคน การไม่เรียกประชุมหรือใช้มติโดยหนังสือเวียนถามสมาชิกองค์กรทีละคน แล้วนำผลเป็นมติย่อยเป็นมติที่ไม่ชอบ หรือมีการประชุมโดยไม่แจ้งให้สมาชิกบางคนได้ทราบก็ถือว่าเป็นการประชุมที่ไม่ชอบเช่นเดียวกัน นอกจากนี้จะต้องมีการประชุมและเรียกประชุมถูกต้องแล้วจะต้องมีสมาชิกเข้าร่วมประชุม “ครบองค์ประชุม” คือ ครบจำนวนตามที่กฎหมายกำหนดซึ่งโดยปกติไม่เต็มตามจำนวนทั้งหมดหรือครบตามจำนวนองค์ประกอบ เพราะสมาชิกขององค์กรกลุ่มมีจำนวนมากยากที่จะให้มาประชุมทุกคนตามจำนวนที่กำหนดไว้เป็นองค์ประกอบได้ กฎหมายจึงกำหนดจำนวนสมาชิกขั้นต่ำที่เข้าร่วมประชุมซึ่งสามารถมีมติหรือแสดงเจตนาให้มีผลทางกฎหมายได้ จำนวนสมาชิกขั้นต่ำขององค์กรกลุ่มที่เข้าร่วมประชุมนี้เรียกว่า “องค์ประชุม”

ค. พิจารณาจากองค์มติ มติของที่ประชุมซึ่งมีผู้มาประชุมครบองค์ประชุมจะต้องมีคะแนนเสียงครบถ้วนตามจำนวนที่กฎหมายกำหนด โดยปกติจะกำหนดไว้ตามหลักปริมาณ คือ จำนวนคะแนนเสียงข้างมาก จำนวนคะแนนเสียงข้างมากนี้มีได้ 2 ลักษณะ คือ คะแนนเสียงข้างมากธรรมดา หมายถึง คะแนนเกินกึ่งหนึ่งของผู้ร่วมประชุมครบองค์ประชุม อนึ่ง มีข้อสังเกตว่าการที่กฎหมายกำหนดให้มติต้องใช้คะแนนเสียงเกินกึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมด (องค์ประกอบ) ก็ถือว่าเป็นมติพิเศษลักษณะหนึ่ง เพราะต้องใช้คะแนนเสียงเป็นพิเศษไม่ว่าสมาชิกจะมาประชุมครบองค์ประชุมจะมีจำนวนเท่าใดก็ตามเรียกว่า “มติธรรมดา” และคะแนนเสียงข้างมากพิเศษ หมายถึง เกินกว่ากึ่งหนึ่งอีกจำนวนหนึ่ง เช่น สองในสามหรือสามในสี่ของผู้ร่วมประชุมหรือของจำนวนสมาชิกทั้งหมด เรียกว่า “มติพิเศษ” นอกจากนั้นบางครั้งกฎหมายอาจกำหนดให้มีมติเป็น “เอกฉันท์” คือ มีคะแนนเสียงสอดคล้องกันทั้งหมดทุกคน ซึ่งจะกำหนดไว้ในกรณีพิเศษจริงๆ

2) องค์กรเอกเทศและองค์กรร่วม องค์ประกอบขององค์กรฝ่ายปกครองลักษณะนี้แบ่งโดยพิจารณาจากจำนวนองค์กรที่เข้าร่วมในการแสดงเจตนา กล่าวคือ ถ้าเรื่องใดกฎหมายกำหนดให้การแสดงเจตนามีผลสมบูรณ์ ต่อเมื่อมีองค์กรตั้งแต่สององค์กรขึ้นไปเข้าร่วมแสดงเจตนา หรือการแสดงเจตนาเรื่องใดเรื่องหนึ่งต้องประกอบด้วยการแสดงเจตนาของสององค์กรขึ้นไป องค์กรที่เข้าร่วมตัดสินใจหรือร่วมแสดงเจตนาทั้งหมดจัดเรียกว่าเป็น “องค์กรร่วม” เพราะเป็นองค์กรที่ไม่มีอำนาจตัดสินใจเด็ดขาดหรือเจตนาสมบูรณ์ในตัวเอง ถ้าแสดงเจตนาโดย

องค์กรเพียงองค์กรเดียวก็มีผลสมบูรณ์ องค์กรนั้นเรียกว่าเป็น “องค์กรเอกเทศ”<sup>91</sup> องค์กรร่วมเกิดขึ้นเนื่องจากความประสงค์ที่จะให้มีการควบคุมซึ่งกันและกันระหว่างองค์กรของรัฐด้วยกันเอง และเพื่อมีการประสานงาน หรือร่วมมือระหว่างองค์กรของรัฐ ซึ่งทำหน้าที่เกี่ยวข้องสัมพันธ์กันเพื่อร่วมประสพการณ์ความรู้ความสามารถต่างๆ เพื่อรักษาประโยชน์ส่วนรวมให้สมบูรณ์มากขึ้น

3) *องค์กรสูงสุดและองค์กรลำดับรอง* องค์กรของรัฐประเภทนี้แบ่งโดยพิจารณาจากอำนาจหน้าที่ที่กำหนด โดยกฎหมายที่มีลำดับชั้นแตกต่างกัน เพราะองค์กรของรัฐต้องเกิดขึ้นหรือจัดตั้งและมีอำนาจหน้าที่โดยกฎหมาย “องค์กรสูงสุด” เป็นองค์กรของรัฐบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญมีอำนาจหน้าที่ตามที่กฎหมายรัฐธรรมนูญกำหนด และไม่อยู่ภายใต้เจตจำนงขององค์กรอื่น เช่น คณะรัฐมนตรี รัฐสภา เป็นต้น องค์กรสูงสุดถือได้ว่าเป็นองค์กรที่มีใ้ได้อยู่ใ้้ององค์กรอื่นใด บางครั้งจึงเรียกว่าเป็น “องค์กรโดยตรง” หรือ “องค์กรตามรัฐธรรมนูญ” ส่วน “องค์กรลำดับรอง” เป็นองค์กรที่อยู่ในลำดับต่ำกว่าองค์กรสูงสุดเพราะมีอำนาจหน้าที่ ตามกฎหมายธรรมดาจึงตกอยู่ภายใต้เจตจำนงขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ คือ รัฐสภา องค์กรประเภทนี้จึงอาจเรียกว่า “องค์กรโดยอ้อม” องค์กรของรัฐทั้งหลายต้องเกิดขึ้นโดยอำนาจรัฐซึ่งแสดงออกโดยกฎหมายจัดตั้ง แต่ทั้งนี้มิใช่เพียงองค์กรที่กฎหมายกล่าวถึงเท่านั้น แต่จะต้องกำหนดองค์ประกอบและอำนาจหน้าที่ขององค์กรไว้ด้วย โดยปกติองค์กรลำดับรองเป็นองค์กรฝ่ายบริหาร ได้แก่ องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองทั้งหลาย เช่น อธิบดี ผู้ว่าราชการจังหวัด หรือคณะกรรมการตามกฎหมายต่างๆ เป็นต้น

## 7. การควบคุมและตรวจสอบคำสั่งทางปกครอง

หลักความชอบด้วยกฎหมายเป็นหลักประกันสิทธิและหน้าที่ของประชาชนที่ได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองที่เกิดขึ้นอย่างเป็นรูปธรรม ชื่อเรียกหรือประการหนึ่งของหลักความชอบด้วยกฎหมายก็คือ การควบคุมคำสั่งทางปกครองให้ชอบด้วยกฎหมาย วิธีการที่มีประสิทธิภาพมากที่สุดในการควบคุมและตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง โดยการให้สิทธิแก่ประชาชนที่ได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครอง ได้แย้งคำสั่งทางปกครองที่ตนเห็นว่าไม่ชอบด้วยกฎหมาย วิธีการในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย ของคำสั่งทางปกครองสามารถอธิบายได้ในแง่ของวิธีการ ขั้นตอนและองค์กรที่ควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง ได้เป็น 2 ขั้นตอน คือ

<sup>91</sup> “เรื่องเดียวกัน”, หน้า 208



## 7.1 การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองก่อนออกคำสั่งทางปกครองหรือการควบคุมตรวจสอบแบบป้องกัน

การแสดงเจตนาของฝ่ายปกครองเพื่อทำคำสั่งทางปกครองมีขั้นตอนเริ่มตั้งแต่การคิดการเตรียมการและออกคำสั่งทางปกครอง การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองก่อนออกคำสั่งทางปกครองเป็นการควบคุมเบื้องต้นเพื่อป้องกันมิให้คำสั่งทางปกครองที่จะออกมาในอนาคตไม่ชอบด้วยกฎหมาย<sup>92</sup> สำหรับวิธีการในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองก่อนออกคำสั่งทางปกครอง อาจแบ่งได้ 3 กระบวนการ

**7.1.1 การสร้างองค์กรที่มีหน้าที่ในการให้ความเห็นเบื้องต้นก่อนที่ฝ่ายปกครองจะออกคำสั่งทางปกครอง** ซึ่งอาจจะเป็นกรณีที่กฎหมายให้ต้องทำและถือตามความเห็นขององค์กรให้ความเห็นเบื้องต้นหรืออาจเป็นกรณีที่กฎหมายบังคับให้ต้องปรึกษาแต่จะถือตามความเห็นหรือไม่ก็ได้ หรืออาจเป็นกรณีที่กฎหมายมิได้บังคับให้ต้องปรึกษาซึ่งขึ้นอยู่กับใจสมัครของฝ่ายปกครองเอง

**7.1.2 การให้สิทธิแก่ประชาชนในการเข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการพิจารณาออกคำสั่งทางปกครอง** ทั้งนี้เพื่อให้ประชาชนที่จะถูกผลกระทบของคำสั่งทางปกครองมีสิทธิในการป้องกันตนเอง

**7.1.3 การเปิดโอกาสให้ประชาชนได้รับรู้และเข้าถึงเอกสารของทางราชการ และการให้เหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครอง** ซึ่งทำให้ความลับของทางราชการคลายความศักดิ์สิทธิ์ลง และการบังคับให้ฝ่ายปกครองให้เหตุผลในคำสั่งทางปกครองย่อมเป็นหลักประกันอันเป็นภาวะวิสัยเพราะทำให้ประชาชนได้ทราบถึงเหตุและผลในการที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองเช่นนั้น นอกจากนี้เหตุผลนั่นเองจะเป็นสิ่งที่ประชาชนสามารถที่จะนำไปโต้แย้งคัดค้านในกรณีที่ตนเห็นว่าไม่ชอบด้วยกฎหมายต่อไป

## 7.2 การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองภายหลังการออกคำสั่งทางปกครองหรือการควบคุมแบบแก้ไข

เมื่อฝ่ายปกครองได้ออกคำสั่งทางปกครองที่มีผลกระทบต่อสิทธิ หน้าที่ของประชาชน เพื่อให้แน่ใจว่าคำสั่งทางปกครองที่ออกมาแล้วนั้นชอบด้วยกฎหมาย ก็ย่อมมีวิธีการในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง วิธีการที่ใช้ในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายเช่นนี้ก็โดยอาศัยสภาพบังคับของหลักความชอบด้วยกฎหมายมาเป็นเครื่องบ่งชี้ซึ่งสามารถจำแนกได้เป็น 3 ลักษณะ ดังนี้

<sup>92</sup> เกียรติกร เจริญวัฒนา, องค์กรและวิธีการคุ้มครองประชาชนและควบคุมฝ่ายปกครองภายใน ฝ่ายปกครองในประเทศไทย, วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, กรุงเทพฯ, 2531, หน้า 20 - 25

**7.2.1 การถือว่าคำสั่งทางปกครองนั้นไม่เกิดขึ้นเลย** เป็นกรณีที่คำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายร้ายแรง เช่น เป็นคำสั่งทางปกครองที่มาจากองค์กรที่ไม่มีอยู่ตามกฎหมายหรือเป็นองค์กรที่ไม่มีอำนาจใดๆ ของฝ่ายปกครองอยู่อย่างชัดเจนหรือคำสั่งทางปกครองที่ไม่ใช่อำนาจฝ่ายปกครองแต่เป็นอำนาจของศาลปกครอง ซึ่งในประเทศฝรั่งเศสถือว่าคำสั่งทางปกครองดังกล่าวไม่เกิดขึ้นเลย ศาลปกครองฝรั่งเศสปฏิเสธไม่พิจารณาคดี ไม่ยอมใช้กฎหมายปกครองแต่ถือว่าการกระทำนั้น ไม่มีลักษณะทางปกครองและให้เป็นอำนาจของศาลยุติธรรม ที่จะพิจารณาคดี<sup>93</sup> ส่วนในประเทศเยอรมันมีการบัญญัติวิธีการในการถือว่าคำสั่งทางปกครองไม่เกิดขึ้นเลยไว้ในมาตรา 44VwVfG 1976 ว่าคำสั่งทางปกครองที่มีผลเสมือนเป็น โฆษณาเมื่อมีข้อผิดพลาดอย่างร้ายแรงและเป็นที่ยอมรับกันอย่างแข็งขันที่แม้แต่วิญญาณที่ไม่ได้รับการศึกษาทางนิติศาสตร์พิจารณาแล้วก็ตอบได้ว่าคำสั่งทางปกครองนั้นผิดพลาดร้ายแรงอย่างชัดเจน<sup>94</sup>

**7.2.2 คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่อาจเพิกถอนได้** คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่อาจเพิกถอนได้นี้ จะเกิดขึ้นต่อเมื่อคำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายในระดับต่ำหรือรองลงมาจากคำสั่งทางปกครองที่มีผลเสมือนเป็น โฆษณา ในประเทศฝรั่งเศสศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศสได้วินิจฉัยกรณีซึ่งเป็นเหตุให้คำสั่งทางปกครองในกรณีนี้ไม่ชอบด้วยกฎหมายไว้ ตัวอย่างเช่น การกระทำเกินขอบอำนาจ ทำผิดแบบหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญ ใช้ดุลพินิจโดยบิดผันหรือละเมิดกฎหมายประการอื่น เป็นต้น สำหรับในประเทศเยอรมันอาจพิจารณาเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายในกรณีนี้ว่าเกิดจากความไม่ชอบด้วยกฎหมายวิธีสบัญญัติหรือสารบัญญัติ เช่น อำนาจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ความสอดคล้อง กับกฎหมาย การใช้ดุลพินิจโดยชอบด้วยกฎหมายและสมควรแก่เหตุ คำสั่งทางปกครองต้องชัดเจน<sup>95</sup> ผลของคำสั่งทางปกครองประเภทนี้ ประการแรก คือ คำสั่งทางปกครองนั้นมีผลบังคับจนกว่าจะถูกยกเลิกหรือเพิกถอน ประการที่สอง ผู้รับคำสั่งทางปกครองสามารถโต้แย้งคำสั่งทางปกครองนั้นต่อไปได้ต่อฝ่ายปกครองหรือต่อศาล ประการที่สาม จะต้องทำการโต้แย้งภายในกำหนดอายุความ<sup>96</sup>

<sup>93</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *กฎหมายมหาชน เล่ม 3: ที่มาและนิติวิธี*, หน้า 362

<sup>94</sup> กมลชัย รัตนสกาวงศ์, *ความชอบด้วยกฎหมาย ความมิชอบด้วยกฎหมาย และผลบังคับของนิติกรรมทางปกครองตามกฎหมายปกครองเยอรมัน*, หน้า 57

<sup>95</sup> “เรื่องเดียวกัน”, หน้า 48 - 56

<sup>96</sup> มานิตย์ จุมปา, *การยกเลิกและการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง*, วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2540, หน้า 46

7.2.3 **องค์กรที่ควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง** หากพิจารณาในแง่องค์กรที่ควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย อาจแยกพิจารณาเป็น 2 ส่วน ได้แก่ การควบคุมโดยองค์กรภายในฝ่ายปกครอง และการควบคุมโดยองค์กรภายนอกฝ่ายปกครอง

1) **การควบคุมโดยองค์กรภายในฝ่ายปกครอง** สามารถจำแนกลักษณะของการควบคุมได้เป็น 2 ประเภท คือ

ก. **การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองอันมีลักษณะเป็นการภายในฝ่ายปกครอง**<sup>97</sup> การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองประเภทนี้จะได้รับการพิจารณาเป็นการภายในฝ่ายปกครอง โดยปกติจะไม่มีวิธีพิจารณาที่แน่นอนชัดเจนและขาดการเปิดโอกาสให้ผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องได้เข้ามาในกระบวนการพิจารณาเพื่อเสนอข้อโต้แย้ง กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ไม่มีการรับฟังข้อคัดค้านในลักษณะที่เป็นข้อพิพาท ซึ่งสามารถอุทธรณ์หรือร้องเรียนต่อผู้ดำเนินการหรือต่อผู้บังคับบัญชาที่เหนือกว่าผู้ดำเนินการซึ่งเป็นไปตามหลักของอำนาจการบังคับบัญชา การอุทธรณ์ในลักษณะนี้ผู้รับอุทธรณ์สามารถพิจารณาได้ทั้งในแง่ของความชอบด้วยกฎหมายและความเหมาะสมของคำสั่งทางปกครอง อย่างไรก็ตาม การอุทธรณ์ในลักษณะนี้ไม่ได้ให้หลักประกันที่จริงจังต่อประชาชน เนื่องจากไม่มีลักษณะเป็นภาวะวิสัย โดยขึ้นอยู่กับความพึงพอใจของฝ่ายปกครอง โดยเฉพาะการอุทธรณ์ให้ทบทวนคำสั่งทางปกครองถูกมองว่าฝ่ายปกครองเป็นคู่ปรับพิพาทในเรื่องนั้น คือ เป็นทั้งผู้ถูกกล่าวหาและผู้พิจารณา วิธีการนี้จึงไม่มีประสิทธิภาพพอในการคุ้มครองสิทธิของประชาชน หรือควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย

ข. **การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองในลักษณะกึ่งข้อพิพาท**<sup>98</sup> การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองในลักษณะกึ่งข้อพิพาทเป็นการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองที่จัดว่า อยู่ในระดับที่ให้หลักประกันแก่เอกชนเหนือกว่าการอุทธรณ์การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองอันมีลักษณะเป็นการภายในฝ่ายปกครอง กล่าวคือ เป็นการอุทธรณ์ต่อเจ้าหน้าที่ผู้ที่ได้รับมอบหมายโดยเฉพาะตามกฎหมาย ซึ่งอาจเป็นบุคคลคนเดียวหรือเป็นคณะกรรมการก็ได้ โดยปกติหน้าที่ในการพิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์ที่เกิดขึ้นโดยทั่วไปหรือที่เกี่ยวกับหน่วยงานหน่วยงานหนึ่ง แต่บุคคลหรือคณะบุคคลดังกล่าวไม่ใช่องค์กรศาล เพียงแต่ว่าในการพิจารณาคำอุทธรณ์ เจ้าหน้าที่ดังกล่าวต้องเคารพรูปแบบและกระบวนการพิจารณาตามที่กฎหมาย กำหนดไว้ การพิจารณาอุทธรณ์ในลักษณะนี้เปิดโอกาสให้มีการต่อสู้และโต้แย้งคัดค้านแก้ออกกล่าวหา การอุทธรณ์ในลักษณะนี้จะกระทำได้ต่อเมื่อได้มีการปฏิบัติตามเงื่อนไขบางประการเกี่ยวกับรูปแบบและการดำเนินการตามขั้นตอนกระบวนการพิจารณา

<sup>97</sup> ขวัญชัย สันตสว่าง, *กฎหมายปกครองเปรียบเทียบ LA 439*, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2531, หน้า 24 - 27

<sup>98</sup> “เรื่องเดียวกัน” , หน้า 28 - 30

การอุทธรณ์ในลักษณะนี้ ย่อมเป็นหลักประกันดีกว่าการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง เพราะเป็นการอุทธรณ์ต่อองค์กรกลางและมีวิธีพิจารณาที่เป็นหลักประกันที่ใกล้เคียงกับวิธีพิจารณาของศาล

2) การควบคุมโดยองค์กรภายนอกฝ่ายปกครอง ด้วยเหตุที่การควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย โดยองค์กรฝ่ายปกครองมีข้อจำกัดบางประการ จึงเป็นการจำเป็นต้องมีการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองโดยองค์กรภายนอกฝ่ายปกครอง<sup>99</sup> โดยการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองโดยองค์กรภายนอกฝ่ายปกครองมีรูปแบบการควบคุมอยู่หลายลักษณะ เช่น Ombudsman ของสวีเดนที่สามารถร้องขอให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองพิจารณาคำสั่งของตนใหม่<sup>100</sup> หรือ Prokuratura ของรัสเซียซึ่งเป็นองค์กรอัยการและมีหน้าที่สอดส่องดูแลการเคารพต่อกฎหมายของฝ่ายปกครองที่สามารถคัดค้านต่อการกระทำที่เห็นว่าไม่ชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครอง และสามารถขอให้มีการพิจารณาใหม่ หรือศาลซึ่งอาจจะเป็นศาลยุติธรรมหรือศาลปกครองก็แล้วแต่แนวความคิดของแต่ละประเทศ ซึ่งศาลจะควบคุมเฉพาะความชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น

## 8. คำสั่งทางปกครองที่สามารถทบทวนและตรวจสอบโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง

โดยปกติแล้วการกระทำทางปกครองย่อมสามารถถูกตรวจสอบควบคุมได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งคำสั่งทางปกครองที่มีผลกระทบต่อประชาชน การทบทวนตรวจสอบคำสั่งทางปกครองจะทำให้การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนเกิดขึ้นได้อย่างเป็นจริง

### 8.1 คำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย<sup>100</sup>

คำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายมีลักษณะเช่นใดนั้น ไม่มีกฎหมายกำหนดไว้อย่างชัดเจนเป็นการเฉพาะหรือทั่วไป เกณฑ์การพิจารณาคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายอาจแยกพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายวิธีสบัญญัติและความชอบด้วยกฎหมายสารบัญญัติ<sup>101</sup>

**8.1.1 ความชอบด้วยกฎหมายวิธีสบัญญัติ** เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับขั้นตอนของการออก คำสั่งทางปกครอง ซึ่งมีหลักเกณฑ์การพิจารณาดังนี้

1) เขตอำนาจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง คำสั่งทางปกครองจะต้องออกโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีอำนาจในเนื้อหาในเรื่องนั้น และมีอำนาจในเขตท้องที่ตนรับผิดชอบ

<sup>99</sup> มานิตย์ จุมปา, การยกเลิกและการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง, หน้า 49

<sup>100</sup> กมลชัย รัตนสกาววงศ์, ความชอบด้วยกฎหมาย ความมิชอบด้วยกฎหมาย และผลบังคับของนิติกรรมทางปกครองตามกฎหมายปกครองเยอรมัน, หน้า 157 - 160

<sup>101</sup> “เรื่องเดียวกัน”, หน้า 157

2) **วิธีพิจารณา** การดำเนินการพิจารณาในเรื่องทางปกครองโดยปกติ กฎหมายจะกำหนดให้ดำเนินการตามความเหมาะสมและยืดหยุ่น เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจ ดำเนินการอย่างเรียบง่ายและสอดคล้องกับกฎหมาย แต่ในบางกรณีก็มีบทบังคับในเรื่องวิธีพิจารณา ที่เจ้าหน้าที่ต้องคำนึงถึงด้วยเพราะเป็นเรื่อง ไขความสมบูรณ์ของคำสั่งทางปกครอง

3) **แบบ** คำสั่งทางปกครองจะแสดงออกโดยวิธีใดก็ได้ อาจจะเป็นวาจา สัญญาหรือหนังสือ ซึ่งมีบางกรณีเท่านั้นกฎหมายบังคับให้ทำเป็นหนังสือ

4) **การฟังข้อเท็จจริง** อย่างเพียงพอและประเมินข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญในการออกคำสั่งทางปกครองได้อย่างถูกต้อง

5) **การให้เหตุผลประกอบ** การออกคำสั่งทางปกครอง

### 8.1.2 ความชอบด้วยกฎหมายสารบัญญัติ

1) **เงื่อนไขการใช้อำนาจ** ในการออกคำสั่งทางปกครอง ก็คือ การออกคำสั่งทางปกครองในเรื่องใดก็ต้องปฏิบัติให้ถูกต้องตามตัวบทกฎหมายนั้นเสมอจะขัดหรือแย้งกับ ตัวบทกฎหมายที่มีสภาพบังคับอยู่ในขณะนั้นไม่ได้ และการออกคำสั่งทางปกครองจะต้องมีกฎหมายให้อำนาจหน้าที่ไว้โดยชัดแจ้งทุกกรณีและเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องพิจารณาถึงเงื่อนไขและขอบเขตของการใช้อำนาจสั่งการและอำนาจดุลพินิจด้วย

2) **คำสั่งทางปกครองจะต้องสอดคล้องกับตัวบทกฎหมายและหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง** คำสั่งทางปกครองเป็นการทำตัวบทกฎหมายที่เป็นนามธรรมให้เป็นรูปธรรม ดังนั้น คำสั่งทางปกครองจะต้องสอดคล้องกับกฎหมายเฉพาะเรื่อง กฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องและหลักกฎหมายต่างๆ ตามรัฐธรรมนูญ

3) **คำสั่งทางปกครองที่มีดุลพินิจ** เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องให้อำนาจดุลพินิจอย่างไม่ผิดพลาด

4) **การวินิจฉัยสั่งการ** ในการออกคำสั่งทางปกครองจะต้องกระทำอย่างสมควรแก่เหตุ หลักความสมควรแก่เหตุนี้ถือเป็นหลักกฎหมายทั่วไป โดยเฉพาะคำสั่งทางปกครองที่เป็นภาระแก่ผู้รับคำสั่งทางปกครอง ซึ่งหลักเกณฑ์ของหลักการพอสมควรแก่เหตุ ดังนี้

ก. **มาตรการที่ใช้ต้องเหมาะสม** เพื่อให้สามารถบรรลุเป้าหมายที่ต้องการได้

ข. **มาตรการที่เหมาะสมจะต้องเป็นมาตรการที่จำเป็น** หากใช้มาตรการอื่นๆ จะเป็นการกระทบกระเทือนถึงสิทธิของผู้รับคำสั่งทางปกครองหรือประโยชน์ของส่วนรวมมากกว่า มาตรการที่จำเป็นดังกล่าว

ค. **มาตรการที่จำเป็นนี้จะต้องใช้้อย่างสมควรแก่เหตุ** ในความหมายอย่างแคบ จะต้องไม่อยู่นอกเหนือความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล

5) คำสั่งทางปกครองจะต้องมีความชัดเจนกระฉ่าง คำสั่งทางปกครองจะต้องมีเนื้อหาที่ชัดเจนอย่างเพียงพอที่ผู้รับคำสั่งทางปกครองอ่านแล้วมีความเข้าใจว่าฝ่ายปกครองมีความต้องการอะไร ผู้รับคำสั่งทางปกครองอยู่ในวิสัยที่จะทำตามได้หรือไม่

### 8.2 คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น มีระดับความร้ายแรงแตกต่างกัน กล่าวคือ จากระดับร้ายแรงที่สุดที่ไม่ถือว่าเคยมีคำสั่งทางปกครองนั้นเลยหรือที่มีผลเสมือนเป็นโมฆะ ระดับรองลงมา มีความร้ายแรงลดน้อยลงทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายแต่ถือว่ายังมีคำสั่งทางปกครองนั้นอยู่<sup>102</sup> หากแต่อาจถูกโต้แย้งเพื่อให้มีการยกเลิก เพิกถอนหรือแก้ไขคำสั่งทางปกครองนั้นได้ คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายก็คือคำสั่งทางปกครองที่มีข้อผิดพลาดหรือบกพร่องไปจากเงื่อนไขแห่งความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองที่กล่าวมา และจะนำไปสู่การยกเลิกเพิกถอนหรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือกำจัดความไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นต่อไป

### 8.3 คำสั่งทางปกครองที่มีผลเสมือนเป็นโมฆะ

คำสั่งทางปกครองที่มีผลเสมือนเป็นโมฆะเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีผลบังคับทางกฎหมายมาตั้งแต่เริ่มแรกของการออกคำสั่งทางปกครอง ดังนั้นไม่ว่าฝ่ายปกครองหรือศาลก็ไม่จำเป็นต้องเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้นเนื่องจากไม่มีตัวคำสั่งที่จะให้เพิกถอน แต่ผู้รับคำสั่งทางปกครองอาจขอให้มีการพิสูจน์ความมีผลเสมือนเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครองได้ ดังนั้นการพิจารณาทบทวนคำสั่งทางปกครองของเจ้าหน้าที่ในกรณีนี้ย่อมเป็นเพียงการแสดงให้เห็นถึงความไม่มีผลทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองนั้นนั่นเอง ซึ่งความมีผลเสมือนเป็นโมฆะ ก็เช่นการไม่มีอำนาจโดยสิ้นเชิง<sup>103</sup> หรือเมื่อคำสั่งทางปกครองมีข้อผิดพลาดอย่างเห็นได้ชัด แม้แต่วิญญูชนที่ไม่ได้รับการศึกษาทางนิติศาสตร์ก็พิจารณาได้ว่าผิดพลาดอย่างชัดแจ้ง ทั้งนี้เพื่อความมั่นคงแห่งสิทธิของประชาชนต่อคำสั่งทางปกครองประกอบกับหลักความยุติธรรมโดยเนื้อหา จึงไม่อาจยอมรับสภาพบังคับของคำสั่งทางปกครองดังกล่าวได้<sup>104</sup>

<sup>102</sup> “เรื่องเดียวกัน”, หน้า 165

<sup>103</sup> ชาญชัย แสงศักดิ์, *รวมหลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส*, กรุงเทพฯ: ศูนย์ศึกษากฎหมายปกครองเปรียบเทียบ, สำนักวิจัยและวิชาการ, สำนักงานศาลปกครอง, 2547, หน้า 23

<sup>104</sup> กมลชัย รัตนสกาววงศ์, *ความชอบด้วยกฎหมาย ความมิชอบด้วยกฎหมาย และผลบังคับของนิติกรรมทางปกครองตามกฎหมายปกครองเยอรมัน*, หน้า 167 - 168

## 9. ความหมาย แนวความคิด ประเภท และขอบเขตการใช้และการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ

### 9.1 ความหมายของสิทธิเสรีภาพ

ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย<sup>105</sup> ได้ให้ความหมายของคำว่าสิทธิ ว่า “สิทธิเป็นการก่อให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลอื่นในอันที่จะต้องปฏิบัติทำให้เป็นไปตามประโยชน์ที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้รวมถึงมีหน้าที่ที่จะไม่รบกวนต่อสิทธิหรือหน้าที่ที่จะกระทำการหรืองดเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งให้เป็นไปตามสิทธิ ทั้งนี้แล้วแต่ประเภทของสิทธินั้นๆ ด้วย”

ศาสตราจารย์ ดร.วิญญู เครื่องงาม ได้ให้ความหมายของคำว่า “สิทธิ” ว่า ประโยชน์ที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้ และ “เสรีภาพ” หมายถึง ความมีอิสระที่จะกระทำหรืองดเว้นกระทำการ

รองศาสตราจารย์ ดร.วรพจน์ วิสสุตพิชญ์<sup>106</sup> ได้ให้ความหมายของคำว่า “สิทธิ” หมายถึง อำนาจที่กฎหมายรับรองและให้ความคุ้มครองแก่บุคคลในอันที่จะเรียกร้องให้บุคคลอื่นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง สิทธิจึงก่อให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลอื่นด้วย และ “เสรีภาพ” หมายถึง สภาพการณ์ ที่บุคคลมีอิสระในการที่จะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งตามความประสงค์ของตน ในความหมายดังกล่าว เสรีภาพจึงหมายถึง อำนาจในการกำหนดตนเองโดยอิสระของบุคคล

ความแตกต่างระหว่าง “สิทธิ” และ “เสรีภาพ” จึงอยู่ที่ว่าสิทธิเป็นอำนาจที่บุคคลมีเพื่อเรียกร้องให้ผู้อื่นกระทำการหรือละเว้นกระทำการอันใดอันหนึ่ง ดังนั้น สิทธิเป็นอำนาจที่ถูกต้องใช้ในการสัมพันธ์ระหว่างตนเองกับผู้อื่น ในการตัดสินใจที่จะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งหรือไม่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งโดยปราศจากการแทรกแซงหรือครอบงำของบุคคลอื่น แต่ที่อาจทำให้เกิดความสับสน คือ กรณีของสิทธิในเสรีภาพ กล่าวคือ โดยคำฟังของเสรีภาพนั้น ไม่ก่อให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลอื่น เช่น เสรีภาพในการนับถือศาสนา ซึ่งบุคคลย่อมมีเสรีภาพในการที่จะนับถือศาสนาใดก็ได้ หรือไม่นับศาสนาใดก็ได้ ในแง่นี้จะเห็นว่าเสรีภาพนี้ไม่ก่อให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลใด แต่หากเป็นสิทธิในเสรีภาพนั้นย่อมหมายความว่า บุคคลนั้นย่อมมีสิทธิที่จะใช้เสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญรับรองในความหมายนี้ ย่อมก่อให้เกิดความผูกพันต่อบุคคลอื่น กล่าวคือ บุคคลย่อม มีหน้าที่จะไม่ไปละเมิดการใช้เสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของบุคคลนั้น<sup>107</sup>

<sup>105</sup> หยุด แสงอุทัย, *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป*, กรุงเทพฯ: ประกายพริ้ง, 2535, หน้า 224

<sup>106</sup> วรพจน์ วิสสุตพิชญ์, *สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ*, กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2538, หน้า 22

<sup>107</sup> “เรื่องเดียวกัน”, หน้า 18

## 9.2 แนวความคิดของสิทธิเสรีภาพ<sup>108</sup>

พัฒนาการของแนวคิดเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพ อาจแบ่งได้เป็น 4 ช่วง ดังนี้

ช่วงแรก เป็นการพัฒนาการเกี่ยวกับเสรีภาพในทางศาสนา ด้วยเหตุปัญหาคความเชื่อใน เรื่องศาสนาเป็นปัญหาที่ทำให้เกิดความขัดแย้งอย่างยาวนานในช่วงยุคกลาง ก่อให้เกิดผลกระทบ อย่างใหญ่หลวง เสรีภาพในทางศาสนาประสบผลสำเร็จครั้งแรกเมื่อสงครามกลางเมือง ที่เกิดจากความแตกแยกในทางศาสนา มักจะอาศัยอำนาจรัฐเข้ามาแก้ไขปัญหาดังกล่าว ด้วยเหตุนี้เอง รัฐจึงต้องเป็นกลางในทางศาสนา การที่รัฐเป็นกลางในทางศาสนาเป็นการคลี่คลายไปสู่ความเป็น รัฐสมัยใหม่ ซึ่งในเรื่องการนับถือศาสนาถือว่าเป็นเรื่องของปัจเจกบุคคล ดังนั้น พัฒนาการในช่วงนี้ จึงแยกความเป็นศาสนาออกจากความเป็นรัฐ และการยอมรับว่าเรื่องการนับถือศาสนาเป็นเรื่อง ของปัจเจกบุคคล แต่ละบุคคลย่อมมีเสรีภาพที่จะเชื่อในลัทธิหรือศาสนาที่แตกต่างกันออกไป

ช่วงที่สอง เป็นพัฒนาการของสิทธิและเสรีภาพในทางเศรษฐกิจซึ่งเป็นเรื่อง เกี่ยวกับกรรมสิทธิ์ เสรีภาพในการทำสัญญา เสรีภาพในการประกอบอาชีพ ซึ่งเป็นผลมาจากการล่ม สลาย ของระบบศักดินา โครงสร้างความสัมพันธ์ของบุคคลในแบบสังคมศักดินาที่เปลี่ยนแปลงไป ทำให้เกิดชนชั้นกลาง ซึ่งเป็นชนชั้นใหม่ที่เรียกเรื่องการมีกรรมสิทธิ์ในที่ดินและเรียกเรื่องเสรีภาพใน การประกอบอาชีพ เพราะการประกอบอาชีพของชนชั้นใหม่มีได้อยู่ในภาคเกษตรกรรมเท่านั้น หากแต่เกิดอาชีพใหม่ขึ้น เช่น ช่างฝีมือ พ่อค้า เพราะในยุคนั้นมีกการห้ามประกอบอาชีพโดยเฉพาะ อย่างยิ่งการห้ามมิให้ขุนนางทำการค้า และการผลิตใดๆ<sup>109</sup>

ช่วงที่สาม เป็นพัฒนาการของสิทธิและเสรีภาพในทางประชาธิปไตย ซึ่งได้แก่ เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น เสรีภาพในการชุมนุม เสรีภาพของหนังสือพิมพ์ และเสรีภาพใน การรวมกันเป็นสมาคม พัฒนาการของสิทธิและเสรีภาพในช่วงนี้ เป็นการเรียกร้องของชนชั้นกลาง ในการเข้าไปมีส่วนร่วมทางการเมือง แต่การที่ชนชั้นกลาง จะเข้าไปมีบทบาทหรือมีส่วนร่วม ทางการเมืองได้จะต้องอาศัยเครื่องมือหรือปัจจัยพื้นฐานที่เอื้อต่อการเข้าไปมีส่วนร่วมทางการเมือง ดังนั้น เสรีภาพในทางประชาธิปไตยจึงกลายเป็นเครื่องมือ ที่ทำให้ระบบการปกครองได้รับการ พัฒนาไป สู่การปกครองในระบอบประชาธิปไตย<sup>110</sup>

<sup>108</sup> มูลนิธิสถาบันวิจัยกฎหมาย, *กฎหมายที่มีบทบัญญัติไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ*, กรุงเทพฯ: มูลนิธิ สถาบันวิจัยกฎหมาย, 2546, หน้า 125

<sup>109</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, *หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ*, กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2547, หน้า 43

<sup>110</sup> “เรื่องเดียวกัน”, หน้า 58



ช่วงที่สี่ เป็นพัฒนาการสิทธิขั้นพื้นฐานทางสังคม ได้แก่ สิทธิในการมีงานทำ การให้หลักประกันตนในอนาคต การให้ความดูแลทางด้านสุขภาพ อาหาร เสื้อผ้า ที่อยู่อาศัย การศึกษา เป็นต้น สิทธิขั้นพื้นฐานทางสังคมเป็นผลของการต่อสู้ทางความคิด กับแนวคิดแบบสังคมนิยม ซึ่งแนวคิดสังคมนิยมมองเรื่องสิทธิของฝ่ายเสรีนิยมว่า เป็นเพียงแต่ความเท่าเทียมกันในทางกฎหมาย แต่ในความเป็นจริงแล้วมนุษย์มีสิทธิและเสรีภาพ ที่บัญญัติไว้ย่อมไร้ความหมาย เพราะบุคคลกลุ่มหนึ่งในสังคมขาดไร้โอกาส ด้วยเหตุนี้ จึงควรจะต้องให้บุคคลเหล่านี้สามารถเข้าถึงสิทธิและเสรีภาพตามที่บัญญัติไว้อย่างแท้จริง

### 9.3 ประเภทของสิทธิเสรีภาพ

สิทธิและเสรีภาพอาจแบ่งแยกได้เป็น 3 ลักษณะ ดังนี้

**9.3.1 สิทธิและเสรีภาพตามแนวความคิดของเยอรมัน** เป็นการแบ่งแยกสิทธิและเสรีภาพตามแนวความคิดของ Georg Jellinek โดยอาศัยลักษณะของการใช้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนกับเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นข้อพิจารณาในการแบ่งสิทธิและเสรีภาพ ซึ่งสามารถทำให้เข้าใจพื้นฐานของสิทธิและเสรีภาพแต่ละประเภทว่ามีจุดมุ่งหมายอย่างไร และการที่ทำให้บรรลุความมุ่งหมายสิทธิและเสรีภาพแต่ละประเภทนั้นรัฐจะต้องดำเนินการอย่างไร โดยแบ่งแยกออกเป็น 3 ประเภท<sup>111</sup> คือ

1) *Status Negativus* หมายถึง กลุ่มของสิทธิและเสรีภาพที่ใช้สิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลจะต้องปราศจากการเข้ามาแทรกแซงใดๆ ของรัฐ การใช้สิทธิและเสรีภาพประเภทนี้เป็นเรื่องที่ปัจเจกบุคคลสามารถดำเนินการได้เองโดยรัฐไม่จำเป็นต้องเข้ามาดำเนินการใดๆ สิทธิและเสรีภาพประเภทนี้เป็นสิทธิและเสรีภาพที่ปฏิเสธอำนาจรัฐ โดยแสดงออกมาในรูปของสิทธิในการป้องกัน เป็นการคุ้มครองสิทธิของปัจเจกบุคคลต่อการแทรกแซงของรัฐหรือการละเมิดของรัฐ ปัจเจกบุคคลจึงอาจเรียกร้องให้มีการแก้ไขเยียวยาจากรัฐได้ ในกรณีที่มีการแทรกแซง หรือมีการละเมิดจากรัฐ หรืออาจเรียกร้องให้รัฐละเว้นจากการกระทำดังกล่าวได้ ตัวอย่างของสิทธิในกลุ่ม *Status Negativus* ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักร พุทธศักราช 2550 เช่น สิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย เสรีภาพในเคหสถาน เสรีภาพในการสื่อสาร เสรีภาพในการนับถือศาสนา เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น และเสรีภาพในทางวิชาการ เป็นต้น<sup>112</sup>

2) *Status Positivus* หมายถึง กลุ่มของสิทธิที่ใช้สิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลมีอาจจะบรรลุความมุ่งหมายได้ หากปราศจากการเข้ามาดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่ง จากฝ่าย

<sup>111</sup> “เรื่องเดียวกัน”, หน้า 62

<sup>112</sup> “เรื่องเดียวกัน”, หน้า 63

รัฐโดยแสดงออกมาในรูปแบบของสิทธิประเภทแรก สิทธิเรียกร้อง (Right of Claim) สิทธิเรียกร้องให้กระทำการ สิทธิในการดำเนินคดีตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้แก่ สิทธิในการได้รับการศึกษาขั้นพื้นฐาน สิทธิในการรับบริการ ทางสาธารณสุข สิทธิในการเลี้ยงดูและการศึกษาอบรมจากรัฐของเด็กและเยาวชน สิทธิที่ได้รับความช่วยเหลือจากรัฐของบุคคลซึ่งมีอายุเกินหกสิบปี และสิทธิได้รับสิ่งอำนวยความสะดวก อันเป็นสาธารณะ และความช่วยเหลือจากรัฐของผู้พิการ เป็นต้น

3) *Status Activus* หมายถึง กลุ่มของสิทธิที่มีปัจเจกบุคคลใช้สิทธิของตนในการเข้าไปมีส่วนร่วมในการสร้างเจตจำนงทางการเมือง หรือเข้าไปมีส่วนร่วมกับองค์กรของรัฐ สิทธิและเสรีภาพประเภทนี้ ได้มีการบัญญัติรับรองออกมาในรูปแบบของสิทธิพลเมือง (Civil Rights) ได้แก่ สิทธิเลือกตั้ง สิทธิในการลงรับสมัครเลือกตั้ง สิทธิในการเข้าสมัครรับราชการ สิทธิในการจัดตั้งพรรคการเมือง รวมทั้งสิทธิในการเข้าไปมีส่วนร่วมในทางการเมืองอื่นๆ สิทธิประเภทนี้ มักจะจำกัดให้เฉพาะพลเมืองของชาตินั้น

**9.3.2 สิทธิและเสรีภาพโดยพิจารณาจากผู้ทรงสิทธิ** เป็นการพิจารณาจากผู้ได้รับสิทธิตามรัฐธรรมนูญหรือบุคคลซึ่งรัฐธรรมนูญมุ่งที่จะให้ความคุ้มครอง เป็นการพิจารณาจากเนื้อหาของสิทธิว่าสิทธิใดควรจะให้แก่บุคคลทุกคน และสิทธิใดควรจำกัดให้เฉพาะพลเมืองของชาติเท่านั้น การแบ่งแยกสิทธิและเสรีภาพในลักษณะนี้ จะนำไปสู่การกำหนดขอบเขตในการคุ้มครองสิทธิแต่ละประเภท ดังนี้

1) *สิทธิมนุษยชน (Human Rights)* ได้แก่ สิทธิที่รัฐธรรมนูญ มุ่งที่จะให้ความคุ้มครองแก่ทุกๆ คน โดยมิได้แบ่งแยกว่าบุคคลนั้นเป็นคนของชนชาติใด เชื้อชาติหรือศาสนาใด หากบุคคลที่เข้ามาอยู่ในขอบเขตอำนาจของรัฐที่ใช้รัฐธรรมนูญประเทศนั้น บุคคลนั้นย่อมได้รับความคุ้มครองจากรัฐภายใต้รัฐธรรมนูญนั้นๆ ด้วย สิทธิมนุษยชน เป็นคุณลักษณะประจำตัวของมนุษย์ทุกคน เป็นสิทธิและเสรีภาพตามธรรมชาติที่เป็นของมนุษย์ ในฐานะที่เกิดมาเป็นมนุษย์และด้วยเหตุผลเพียงอย่างเดียวว่าเพราะเขาเกิดมาเป็นมนุษย์ มนุษย์ทุกคนมีสิทธิและเสรีภาพเหล่านี้อยู่แล้ว ตั้งแต่ก่อนที่จะมีรัฐเกิดขึ้น<sup>113</sup> สิทธิประเภทนี้ ได้แก่ สิทธิในชีวิตและร่างกาย เสรีภาพในทางศาสนา เป็นต้น

2) *สิทธิพลเมือง (Civil Rights)* ได้แก่ สิทธิที่รัฐธรรมนูญมุ่งที่จะให้ความคุ้มครองเฉพาะบุคคลที่เป็นพลเมืองของรัฐเท่านั้น เช่น ตามรัฐธรรมนูญของเยอรมัน ได้กำหนดสิทธิ

<sup>113</sup> วรพจน์ วิศรุดพิชญ์, *สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ*, หน้า 36

และเสรีภาพอยู่ในกลุ่มของ Status Activus หรือสิทธิในทางการเมือง เสรีภาพในการประกอบอาชีพ เสรีภาพในการเลือกถิ่นที่อยู่อาศัย และเสรีภาพในการชุมนุม เป็นสิทธิของชาวเยอรมันเท่านั้น<sup>114</sup>

**9.3.3 สิทธิและเสรีภาพโดยพิจารณาจากเงื่อนไขการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ** เป็นการพิจารณาว่าสิทธิและเสรีภาพนั้นเป็นสิทธิที่อยู่ภายใต้เงื่อนไขของกฎหมายหรือไม่ หรือหากอยู่ภายใต้เงื่อนไขของกฎหมายในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพจะอยู่ในเงื่อนไขประเภทใด โดยมีข้อกำหนดรูปแบบเงื่อนไขของกฎหมายไว้ ดังนี้<sup>115</sup>

1) **สิทธิและเสรีภาพกับเงื่อนไขของกฎหมายทั่วไป** ในกรณีนี้รัฐธรรมนูญเพียงแต่เรียกร้องว่าการจำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้นอาจจะกระทำได้โดยบทบัญญัติของกฎหมาย สิทธิและเสรีภาพกับเงื่อนไขของกฎหมายทั่วไป ไม่ได้เรียกร้องเงื่อนไขพิเศษในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพประการอื่น สิทธิและเสรีภาพกับเงื่อนไขของกฎหมายทั่วไป เช่น เสรีภาพในเคหสถาน ตามมาตรา 33 วรรคสองและวรรคสาม ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ซึ่งจะเห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดเงื่อนไขใดๆ เกี่ยวกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพในเคหสถานไว้ เพียงแต่กำหนดไว้ว่า เว้นแต่ศาลมีคำสั่งหรือหมายของศาล หรือมีเหตุอย่างอื่น ตามที่กฎหมายบัญญัติ อย่างไรก็ตาม มิได้หมายความว่า การจำกัดเสรีภาพดังกล่าวไม่มีข้อจำกัดใดๆ เพราะโดยแท้จริงแล้วการจำกัดเสรีภาพยังอยู่ภายใต้ข้อจำกัดทั่วไป

2) **สิทธิและเสรีภาพกับเงื่อนไขกฎหมายพิเศษ** ในกรณีที่รัฐธรรมนูญบัญญัติว่า การแทรกแซงในสิทธิและเสรีภาพโดยกฎหมายนั้นจะต้องผูกพันอยู่กับสถานการณ์ใด สถานการณ์หนึ่งหรือต้องผูกพันอยู่กับวัตถุประสงค์ใดวัตถุประสงค์หนึ่ง หรือจะต้องดำเนินการโดยวิธีการที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญเท่านั้น เช่น เสรีภาพในการเดินทาง ตามมาตรา 34 วรรคหนึ่งและวรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 การจำกัดเสรีภาพดังกล่าว จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะ เพื่อความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อยหรือสวัสดิภาพของประชาชน การผังเมือง หรือเพื่อสวัสดิการของผู้เยาว์ จะเห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญได้กำหนดเงื่อนไขในการจำกัดเสรีภาพมากขึ้น คือ การจำกัดเสรีภาพ ในการเดินทาง มาตรา 34 จะกระทำได้เฉพาะภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญเท่านั้น หากฝ่ายนิติบัญญัติได้จำกัดเสรีภาพในการเดินทางนอกเหนือจากที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ การจำกัดเสรีภาพในการเดินทางดังกล่าวย่อมเป็นการขัดกับรัฐธรรมนูญ

3) **สิทธิและเสรีภาพที่ปราศจากเงื่อนไขของกฎหมาย** เป็นกรณีที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดให้สิทธิและเสรีภาพนั้นไม่อยู่ภายใต้การจำกัดสิทธิโดยกฎหมายใด ๆ ทั้งสิ้น เช่น

<sup>114</sup> “เรื่องเดียวกัน” , หน้า 36

<sup>115</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, *หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ* , หน้า 64

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 37 เสรีภาพในการนับถือศาสนา มาตรา 39 บุคคลจะไม่ต้องรับโทษทางอาญา เว้นแต่จะไม่ได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ หรือมาตรา 34 วรรคสาม สิทธิผู้มีสัญชาติไทยที่จะถูกเนรเทศออกนอกราชอาณาจักรหรือห้ามมิให้บุคคลผู้มีสัญชาติไทยเข้ามาในราชอาณาจักรอาจกระทำมิได้

การแบ่งสิทธิและเสรีภาพตามประเภทนี้สามารถทำให้เข้าใจถึงประเภทเงื่อนไขของกฎหมายในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ ซึ่งจะเป็นประโยชน์ในการตรวจสอบอำนาจฝ่ายนิติบัญญัติในการบัญญัติกฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิต่างๆ ว่าเป็นไปตามเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้หรือไม่ กล่าวคือ มีการจำกัดสิทธิและเสรีภาพกับเงื่อนไขกฎหมายพิเศษ จะต้องตรวจสอบว่า การจำกัดสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวเป็นไปตามเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้หรือไม่ การจำกัดสิทธิและเสรีภาพที่ไม่อยู่ภายใต้เงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนดย่อมเป็นการแสดงถึงความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

#### 9.4 ขอบเขตการใช้และการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ

สิทธิและเสรีภาพของประชาชน คือ ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐหรือผู้มีอำนาจปกครองรัฐกับผู้อยู่ใต้อำนาจปกครองของรัฐ หรือประชาชน และความสัมพันธ์ระหว่างประชาชนด้วยกันเอง อย่างไรก็ตาม เมื่อกล่าวถึงสิทธิและเสรีภาพ ของประชาชนแล้ว จะมุ่งเน้นถึงความสัมพันธ์ระหว่างรัฐหรือผู้มีอำนาจปกครองรัฐกับประชาชน ความสัมพันธ์นี้จะเปลี่ยนแปลงไปตลอดเวลา แต่ในความเปลี่ยนแปลงดังกล่าว มีความขัดแย้งอยู่ตลอดเวลา กล่าวคือ มีการขัดแย้งกันระหว่างผู้อยู่ใต้อำนาจปกครองของรัฐ ซึ่งได้แก่ ประชาชนพลเมืองทั้งหลายของรัฐกับผู้มีอำนาจปกครองรัฐในลักษณะที่ผู้มีอำนาจปกครองมีแนวโน้มที่จะใช้อำนาจอย่างเต็มที่ แต่ในขณะเดียวกันผู้อยู่ใต้อำนาจปกครองก็พยายามดิ้นรนที่จะมีเสรีภาพให้มากที่สุดเท่าที่จะมีได้<sup>116</sup> ทุกครั้งที่มนุษย์โน้มเอียงหนักไปทางด้านใดด้านหนึ่ง ไม่ว่าจะเป็นกรณีผู้มีอำนาจได้ใช้อำนาจเกินขอบเขตหรือเป็นกรณีประชาชนผู้อยู่ใต้การปกครองใช้สิทธิและเสรีภาพอย่างไม่มีขอบเขต โดยเรียกร้องแต่สิทธิแต่มีได้คำนึงถึงหน้าที่ของตนก็จะเกิดดุลยภาพอย่างหนึ่งระหว่างผู้ปกครองและผู้อยู่ภายใต้อำนาจปกครองกลับไปสู่ในจุดที่ควรจะเป็น ซึ่งจะช้าหรือเร็ว สันติหรือรุนแรงก็ขึ้นอยู่กับปัจจัยต่างๆ ของประเทศนั้นๆ การที่จะทราบว่าจุดใดควรเป็นจุดที่เป็นดุลยภาพของการใช้อำนาจรัฐกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน จำเป็นที่จะต้องทราบแนวความคิดในเรื่องสิทธิและเสรีภาพ ในปัจจุบันเป็นที่ยอมรับกันทั่วไปว่า ดุลยภาพของการใช้อำนาจรัฐกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในลักษณะที่มั่นคงถาวรนั้น ต่อเมื่อรัฐยอมตนอยู่ภายใต้กฎหมาย หรือเรียกว่า หลัก

<sup>116</sup> วีระ โลจายะ, *กฎหมายสิทธิมนุษยชน*, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2525, หน้า 1

นิติรัฐ โดยรวมหมายถึง หลักการปกครองโดยกฎหมายมิใช่ปกครองตามอำเภอใจและเป็นระบบที่สร้างขึ้นมาจากวัตถุประสงค์ให้เป็นหลักในการป้องกันและแก้ไขเยียวยาการใช้อำนาจรัฐตามอำเภอใจของฝ่ายปกครองหรือ เจ้าหน้าที่ของรัฐเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน มีสาระสำคัญอยู่ 2 ประการ ดังนี้

#### 9.4.1 การใช้อำนาจรัฐต้องอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ของกฎหมาย

อำนาจรัฐหรืออำนาจอธิปไตย คือ อำนาจเดียวกัน เป็นอำนาจสูงสุดที่ใช้ปกครองประเทศหรือรัฐ เป็นอำนาจเด็ดขาดปฏิเสธไม่ได้ ในรัฐหรือประเทศหนึ่งๆ จะมีอำนาจเดี่ยวแต่แบ่งการใช้ออกได้ 3 อำนาจ คือ อำนาจนิติบัญญัติหรือการตรากฎหมาย อำนาจบริหารหรือการบังคับใช้กฎหมาย และอำนาจตุลาการหรือการวินิจฉัยกฎหมาย

อำนาจรัฐเป็นนามธรรมหรือมองไม่เห็นเป็นรูปธรรม รูปธรรมของอำนาจรัฐ คือ กฎหมายปกครองรัฐหรือรัฐธรรมนูญซึ่งใช้ในการปกครองประเทศ รัฐธรรมนูญจึงเป็นกฎหมายสูงสุดของทุกประเทศในโลก กล่าวได้ว่า รัฐธรรมนูญจะสะท้อนให้มองเห็นเป็นรูปธรรมว่าระบอบที่ใช้ปกครองรัฐ หรือประเทศเป็นการปกครองระบอบเผด็จการ หรือระบอบประชาธิปไตย หรือระบอบคอมมิวนิสต์ ฉะนั้น รัฐธรรมนูญจึงเป็นกฎหมายสูงสุดที่รักษาระบอบการปกครองของประเทศเอาไว้

อำนาจรัฐจะต้องมีเจ้าของและมีผู้ใช้อำนาจรัฐจึงจะปกครองรัฐได้ ในสมัยโบราณเจ้าของและผู้ใช้อำนาจรัฐเป็นคนเดียวกัน คือ พระมหากษัตริย์หรือจักรพรรดิ มีอำนาจสูงสุดเพราะเป็นเจ้าของและผู้ใช้อำนาจโดยตรงแต่เพียงผู้เดียวในการออกกฎหมาย บังคับใช้กฎหมาย และวินิจฉัยกฎหมาย การปกครองประเทศในสมัยโบราณจึงเด็ดขาดที่สุด แต่พระมหากษัตริย์พระองค์เดียวยอมใช้อำนาจปกครองทั้งประเทศไม่ได้ จึงมีผู้แทนใช้อำนาจปกครองประชาชนแทนพระองค์ในตำแหน่งต่างๆ เรียกว่า ข้าราชการ โดยมีกฎหมายที่พระมหากษัตริย์ทรงบัญญัติไว้เป็นหลักในการใช้อำนาจรัฐบังคับประชาชนให้ปฏิบัติตาม พระมหากษัตริย์ทรงเป็นผู้ตรวจสอบการใช้อำนาจของข้าราชการโดยตรง ประชาชนไม่มีอำนาจหรือสิทธิไปตรวจสอบข้าราชการได้ ฉะนั้นข้าราชการในสมัยโบราณจึงเป็นผู้ยิ่งใหญ่เป็นนายประชาชน ประชาชนเกรงกลัวข้าราชการยิ่งกว่าพระมหากษัตริย์ เพราะข้าราชการเป็นผู้ใช้อำนาจรัฐปกครองประชาชนตามกฎหมายปกครองที่พระมหากษัตริย์ทรงตราขึ้นมาโดยตรง ความเกรงกลัวข้าราชการจึงสืบเนื่องต่อมาจนถึงปัจจุบันนี้และเป็นการยากที่จะเปลี่ยนความคิดของประชาชนได้

ในสมัยโบราณนั้นประชาชนไม่มีสิทธิไปตรวจสอบข้าราชการ หรือผู้ใช้อำนาจรัฐได้ เพราะเป็นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ที่ทรงใช้อำนาจรัฐผ่านข้าราชการไปสู่ประชาชน ข้าราชการจึงเป็นตัวกลางของการใช้อำนาจรัฐระหว่างพระมหากษัตริย์และประชาชน

หรือข้าราชการเป็นผู้ใช้อำนาจรัฐแทนพระมหากษัตริย์ตามกฎหมาย การตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐของข้าราชการจึงเป็นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ หากพระมหากษัตริย์ทรงเข้มงวดในการตรวจสอบลงโทษข้าราชการที่กระทำความผิดหรือราษฎรบังหลวงโดยเด็ดขาดแล้วประชาชนก็อยู่เย็นเป็นสุข ถ้าหากทรงปล่อยให้ข้าราชการใช้อำนาจรัฐตามอำเภอใจไม่เข้มงวดกวดขัน ประชาชนก็ประสบความทุกข์ยากเป็นอันตรายต่อชาติบ้านเมืองถึงขั้นสิ้นชาติได้ดังที่ปรากฏมาแล้วหลายประเทศในอดีต

ประเทศไทยได้เปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขของชาติตามแบบฉบับของประเทศอังกฤษ โดยคณะราษฎรได้ทำการรัฐประหารยึดอำนาจการปกครองจากรัฐบาลพระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัว (รัชกาลที่ 7) เมื่อวันที่ 24 มิถุนายน พ.ศ.2475 เป็นการเปลี่ยนแปลงครั้งยิ่งใหญ่ของชาติไทยโดยเฉพาะอย่างยิ่งเกี่ยวกับอำนาจรัฐ กล่าวคือ เดิมพระมหากษัตริย์ทรงเป็นเจ้าของอำนาจรัฐและเป็นผู้ใช้อำนาจรัฐแต่ผู้เดียวเปลี่ยนเป็นประชาชนเป็นเจ้าของอำนาจรัฐ แต่ข้าราชการยังเป็นผู้ใช้อำนาจรัฐอยู่เหมือนเดิม หรือเจ้าของอำนาจรัฐและผู้ใช้อำนาจรัฐแยกจากกัน แต่ประชาชนยังไม่รู้ถึงความสำคัญของการเป็นเจ้าของอำนาจรัฐ ซึ่งเป็นอำนาจสูงสุดของประเทศ เพราะเป็นของใหม่ ในขณะนั้นจึงไม่สนใจ ข้าราชการจึงใช้อำนาจรัฐได้โดยเสรีเพราะเจ้าของอำนาจ คือ ประชาชนไม่มีสิทธิในการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ นอกจากนั้น ความเกรงกลัวข้าราชการก็เหมือนสมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์นั่นเอง คือ คิดว่าข้าราชการยังเป็นนายของตนอำนาจรัฐหรืออำนาจอธิปไตยที่ยิ่งใหญ่ที่สุดของประเทศนี้ เราคนไทยทุกคนเป็นเจ้าของอำนาจตั้งแต่ พ.ศ. 2475 มิใช่เป็นการกล่าวขึ้นมอลอยๆ แต่เป็นมรดกอันล้ำค่าที่พระมหากษัตริย์นักประชาธิปไตยที่ยิ่งใหญ่ของไทยคือ พระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัว (รัชกาลที่ 7) ทรงมอบให้คนไทย ดังพระราชหัตถเลขา ตอนหนึ่งว่า ข้าพเจ้ามีความเต็มใจที่จะสละอำนาจอันเป็นของข้าพเจ้าอยู่แต่เดิมให้แก่ราษฎรโดยทั่วไป แต่ข้าพเจ้าไม่ยินยอมยกอำนาจทั้งหลายของข้าพเจ้าให้แก่ผู้ใดคณะใดโดยเฉพาะเพื่อใช้อำนาจนั้นโดยสิทธิขาดและไม่ฟังเสียงอันแท้จริงของประชาราษฎร หลักการที่เป็นรากฐานของ รัฐเสรีประชาธิปไตย อันได้แก่ หลักนิติรัฐ ซึ่งหมายถึง รัฐที่ปกครองโดยกฎหมาย โดยให้คนทุกคนอยู่ภายใต้กฎหมายเดียวกันอย่างเท่าเทียมกัน ไม่มีใครอยู่เหนือกฎหมายได้ หลักนิติรัฐเกิดขึ้นมาเพื่อโต้แย้งระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ และปฏิเสธการปกครอง ด้วยคนที่มีเอกสิทธิเหนือกฎหมายและบุคคลทั้งปวง คำว่า นิติรัฐ มีความหมายเดียวกับสาธารณรัฐ เป็นความหมายที่มีลักษณะเป็นนามธรรม หมายถึง รัฐที่ทุกคนอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์เดียวกัน เป็นรัฐแห่งความมีเหตุผลอันเป็นรัฐที่ปกครองตามเจตจำนงโดยรวมที่มีเหตุผล มีวัตถุประสงค์เพื่อสิ่งที่ดีที่สุดเพื่อสังคมเป็นการทั่วไป

นิติรัฐ คือ รัฐที่ผูกพันตนต่อกฎหมาย เพื่อที่จะคุ้มครองปัจเจกบุคคลจากการใช้อำนาจมหาชนของรัฐ มีเป้าหมายในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนและจำกัดอำนาจรัฐ ซึ่งมีหลักการแบ่งแยกอำนาจ เป็นหลักการสำคัญ กล่าวคือ หลักการแบ่งแยกอำนาจ เกิดข้อเรียกร้อง ของหลักการการแบ่งแยกภารกิจของรัฐ โดยแบ่งเป็น 3 ภารกิจ คือ การตรากฎหมาย การใช้กฎหมาย และการตีความกฎหมาย และแบ่งแยกบุคคลที่จะไปใช้อำนาจในแต่ละภารกิจ โดยเน้นไปในส่วนระหว่างองค์กรฝ่ายตุลาการและองค์กรอื่นๆ ซึ่งมีความจำเป็นต้องแยกกันให้เด็ดขาด ส่วนระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติ และฝ่ายบริหารจะแบ่งแยกบุคคลที่จะไปใช้อำนาจในแต่ละภารกิจเด็ดขาดหรือไม่ ก็ขึ้นอยู่กับระบบการปกครอง กล่าวคือ ในระบบประธานาธิบดีจะมีการแบ่งแยกกันอย่างเด็ดขาด แต่ในระบบรัฐสภาไม่ได้เรียกร้องให้แบ่งแยกกันโดยเด็ดขาด และอำนาจแต่ละอำนาจสามารถควบคุมตรวจสอบซึ่งกันและกันได้ โดยการควบคุมตรวจสอบดังกล่าวอย่างน้อยมีอยู่ 3 ระบบ ได้แก่

1) ระบบการควบคุมตรวจสอบทางการเมือง ในระบบรัฐสภาดั้งเดิมในประเทศอังกฤษ ฝ่ายบริหารเป็นตัวแทนของกษัตริย์ ส่วนฝ่ายนิติบัญญัติเป็นตัวแทนของประชาชน จึงเป็นระบบที่มีลักษณะเป็นสองขั้วอำนาจ (กษัตริย์และประชาชน) ซึ่งอำนาจของสภาตรวจสอบ ฝ่ายบริหารที่เป็นตัวแทนของกษัตริย์ ทำให้ระบบรัฐสภาสามารถทำงานได้ เพราะสภาสามารถควบคุมฝ่ายบริหาร ได้จริง เนื่องจากเป็นคนละขั้วอำนาจกัน แต่ระบบรัฐสภาในปัจจุบันเป็น ระบบอำนาจเดี่ยวเพราะไม่ได้มีสองอำนาจที่คานกันอย่างแท้จริง หากแต่เป็นเพียงมายาคติทางการเมืองเพราะรัฐบาลมาจากเสียงข้างมากในสภา ผู้มีอำนาจที่อยู่เบื้องหลังที่แท้จริงจึงเป็นพรรคการเมืองหรือนายทุนที่สามารถคุมได้ทั้งฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหาร และประชาธิปไตยก็กลายเป็นสิ่งที่ขับเคลื่อนด้วยชนาธิปไตย ดังนั้น สิ่งที่สามารถทำให้ประชาธิปไตยอยู่ได้ในปัจจุบันจึงต้องขึ้นอยู่กับวุฒิภาวะวิจรรณญาณของประชาชน ความมีคุณภาพของนักการเมือง และความเป็นประชาธิปไตยภายในพรรคการเมือง

2) ระบบการควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ เป็นการตรวจสอบที่มีหลักประกันดีที่สุดใน เพราะอย่างน้อยที่สุดองค์กรตุลาการจะปฏิเสธเรื่องที่อยู่ในอำนาจของตนไม่ได้ และระบบควบคุมตุลาการเป็นการตรวจสอบโดยองค์กรที่มีความเป็นกลาง (จึงต้องมีหลักความเป็นอิสระของตุลาการ เพื่อให้ตัดสินคดีภายใต้มนธรรมสำนึกของตนภายใต้กฎหมาย โดยตัดสินตามรากฐานของกฎหมาย) และมีกระบวนการพิจารณาที่ให้หลักประกันคู่ความในคดี

3) ระบบการควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ องค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญประเภทหนึ่งซึ่งก่อตั้งขึ้น โดยตรงตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งแต่เดิมองค์กรเหล่านี้ล้วนสังกัดให้อำนาจฝ่ายบริหารทั้งสิ้น เช่น ก.ก.ต. แต่เดิม คือ

กรมการปกครอง กระทรวงมหาดไทย หรือ ป.ป.ช. แต่เดิมเป็น ป.ป.ป. ซึ่งอยู่ใต้สำนักนายกรัฐมนตรี ซึ่งจำเป็นต้องแยกออกมาจากฝ่ายบริหาร เพื่อไม่ให้ฝ่ายบริหารมีอิทธิพลเหนือองค์กรเหล่านี้ แต่ก็ยังคงมีปัญหาด้านประสิทธิภาพเพราะยังคงถูกแทรกแซงอยู่

#### 9.4.2 มุ่งที่การใช้อำนาจของรัฐทุกประเภท<sup>117</sup>

มุ่งที่การใช้อำนาจของรัฐทุกประเภท กล่าวคือ ไม่ว่าจะ เป็นกฎหมายที่รัฐร่วมกับรัฐอื่นสร้างกฎหมายขึ้นมาเรียกว่า กฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายที่ร่วมกับประชาชนพลเมืองของรัฐสร้างขึ้นมาจากัดอำนาจรัฐ โดยที่รัฐมีบทบาทสำคัญในการคุ้มครองให้หลักประกันสิทธิและเสรีภาพแก่ประชาชน ได้แก่ กฎหมายที่เรียกว่า รัฐธรรมนูญ กฎหมายอื่นของรัฐที่มีลำดับศักดิ์ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญก็มีบทบาทบัญญัติที่คุ้มครองหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเช่นเดียวกัน

เรื่องสิทธิและเสรีภาพเป็นเรื่องที่มีแนวคิดมานานกว่า 200 ปี แล้วในยุโรปและอเมริกา สำหรับประเทศไทย แม้จะมีบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชนปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญมากกว่า 50 ปี แล้วก็ตาม แต่ก็ต้องยอมรับว่าบทบัญญัติเหล่านั้นส่วนใหญ่ ไม่มีการบังคับใช้อย่างจริงจัง เพราะผู้มีอำนาจปกครองมักจะ ไม่ให้ความเคารพต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเท่าที่ควร สิทธิและเสรีภาพของประชาชนเริ่มมีแนวโน้มไปในทางที่ดีขึ้น เมื่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ออกมาใช้บังคับ มีการบัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไว้มากมายหลายมาตรา เดิมที่อยู่ใต้อำนาจการปกครองอ้างสิทธิธรรมชาติเป็นพื้นฐานข้ออ้างของการมีสิทธิและเสรีภาพของผู้อยู่ใต้อำนาจปกครอง<sup>118</sup>

สาระสำคัญของคำว่า สิทธิธรรมชาติ นั้น ได้แก่ มนุษย์ทั้งหลายเกิดมาเท่าเทียมกัน มนุษย์ มีสิทธิบางประการติดตัวมาแต่กำเนิดจนถึงแก่ความตาย สิทธิดังกล่าว คือ สิทธิในชีวิต สิทธิและเสรีภาพในร่างกาย และความเสมอภาค ซึ่งเป็นสิทธิที่โอนให้แกกันไม่ได้ และใครก็ตามจะล่วงละเมิดมิได้ หากมีการล่วงละเมิดก็จะต้องก่อให้เกิดการกระทบกระเทือน เสื่อมเสียต่อสภาพของ ความเป็นมนุษย์ได้<sup>119</sup> ทำให้แนวความคิดเรื่องสิทธิธรรมชาติ จึงกลายเป็นเครื่องมือที่จำกัดอำนาจผู้ปกครองรัฐ และเป็นแนวความคิดที่แสดงให้เห็นว่าประชาชนมีสิทธิจำกัดอำนาจของผู้ปกครองรัฐ โดยอาศัยแนวความคิดที่ว่าด้วยสิทธิธรรมชาติ ซึ่งมีสาระสำคัญว่า มนุษย์เราเกิดมาต่างก็มีสิทธิติดตัวบางประการที่รัฐหรือผู้มีอำนาจปกครองรัฐ ไม่อาจล่วงละเมิดได้ ดังนั้น จึงเปรียบเสมือนว่าระหว่างผู้มีอำนาจปกครองรัฐกับผู้อยู่ใต้อำนาจปกครองรัฐ ซึ่งได้แก่ประชาชนที่

<sup>117</sup> เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, *หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน*, กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2556, หน้า 109

<sup>118</sup> กุลพล พลวัน, *พัฒนาการสิทธิมนุษยชน*, กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2538, หน้า 12

<sup>119</sup> วีระ โลจายะ, *กฎหมายสิทธิมนุษยชน*, หน้า 1



ห้ามมิให้ผู้ใช้อำนาจปกครองรัฐล่วงละเมิดเข้าไปใช้อำนาจได้ เมื่อผู้ปกครองรัฐมีพันธะกรณีที่  
จะต้องงดเว้นไม่ใช้อำนาจรัฐ จึงเท่ากับว่าประชาชนพลเมืองมีสิทธิในการจำกัดอำนาจนั่นเอง<sup>120</sup>  
กล่าวโดยสรุปได้ว่า แนวความคิดเรื่องสิทธิธรรมชาติเป็นแนวความคิดที่แสดงให้เห็นว่ารัฐมีอำนาจ  
จำกัด ซึ่งต่อมา มีการขยายความหมายครอบคลุมไปถึงสิทธิและเสรีภาพต่างๆ เช่น สิทธิที่จะได้รับ  
การคุ้มครองป้องกันไม่ให้ถูกจับกุมคุมขังโดยไม่มีอำนาจหรือตามอำเภอใจ สิทธิและเสรีภาพในการ  
ย้ายที่อยู่ สิทธิและเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น และสิทธิและเสรีภาพในการนับถือศาสนา  
 ฯลฯ<sup>121</sup>

## 10. แนวคิด และหลักการควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจของผู้ปกครอง

### 10.1 แนวคิดของการควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจ<sup>122</sup>

กฎหมายมหาชนนั้น เป็นกฎหมายซึ่งให้อำนาจและหน้าที่แก่รัฐแก่หน่วยงาน  
ของรัฐและ แก่เจ้าหน้าที่ของรัฐในการปกครองและการบริการสาธารณะ ซึ่งอำนาจหน้าที่ตาม  
บทบัญญัติของกฎหมายในการบริหารการปกครองของรัฐ ของหน่วยงานของรัฐ หรือของเจ้าหน้าที่  
ของรัฐจะต้องเป็นไปตามกฎหมายนโยบาย และตามความต้องการของประชาชนในการปกครอง  
บริหารประเทศและการบริการสาธารณะ ซึ่งเป็นเรื่องของการใช้ดุลยพินิจและความเหมาะสมตาม  
กฎหมาย แต่อย่างไรก็ดีการปกครองประเทศและการบริการสาธารณะของผู้ที่ใช้อำนาจปกครองนั้น  
จะต้องคำนึงถึงประโยชน์ของสาธารณะเป็นประการสำคัญ การใช้อำนาจตามกฎหมายลักษณะ  
ดังกล่าว อาจจะ เกิดความไม่เป็นธรรมได้ เพราะเรื่องของการใช้ดุลยพินิจอาจผิดไปจาก  
เจตนารมณ์ความต้องการของประชาชนหรือของกฎหมายได้ประการหนึ่ง และอีกประการหนึ่งก็คือ  
อาจจะเป็นการใช้อำนาจในการปกครองโดยขาดความยุติธรรมและความพอดี ดังนั้น เพื่อให้การใช้  
อำนาจดังกล่าวเป็นไปด้วยความเหมาะสมและความพอดี กฎหมายมหาชนจึงได้บัญญัติถึง  
กระบวนการควบคุมและ การตรวจสอบการใช้อำนาจดังกล่าวไว้ ซึ่งเป็นการนำหลักของกฎหมาย  
มหาชนมาใช้เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมในการใช้อำนาจและหน้าที่ของผู้ปกครองซึ่งกระบวนการ  
นำหลักของกฎหมายมหาชนมาใช้ในการควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจตามกฎหมายมหาชน  
เรียกว่า “นิติวิธีทางกฎหมายมหาชน”

<sup>120</sup> ฐิตา ซาลีจันทร์, *สังคมการเมืองสำหรับนักกฎหมาย*, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2531,  
หน้า 43 - 44

<sup>121</sup> วีระ โลจายะ, *กฎหมายมหาชน*, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2532, หน้า 466

<sup>122</sup> ชาญชัย แสงวงศ์ศักดิ์, *คำอธิบายกฎหมายปกครอง*, กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2542, หน้า 288

“นิติวิธีทางกฎหมายมหาชน” หมายถึง กระบวนการต่าง ๆ ที่นำหลักการของกฎหมายมหาชนมาใช้เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมและความเหมาะสมแก่ประชาชนโดยส่วนรวมในเรื่องของการใช้อำนาจ การปกครองและในการบริการสาธารณะ ซึ่งการใช้อำนาจในลักษณะดังกล่าว อาจจะมีข้อผิดพลาด หรือเกิดความไม่เหมาะสมได้ เพราะเป็นเรื่องของการใช้ดุลยพินิจและความเหมาะสมในการบริหารการปกครอง ผลของการบริหารและปกครองดังกล่าวส่งผลกระทบต่อสาธารณะหรือประชาชน โดยส่วนรวม ฉะนั้น จึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องมีการตรวจสอบและควบคุมการใช้อำนาจตามหลักการของกฎหมายมหาชน

หลักในการตรวจสอบและควบคุมการใช้อำนาจของผู้ปกครองตามกระบวนการของกฎหมายมหาชนนี้ เพิ่งมีความชัดเจนและเป็นรูปธรรมอย่างแท้จริงหลังจากที่มีการปกครองระบอบประชาธิปไตย ซึ่งก่อนที่จะมีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยนั้น ประเทศต่าง ๆ ส่วนใหญ่ในโลกล้วนปกครองด้วยระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ ศูนย์กลางของอำนาจที่เบ็ดเสร็จและเด็ดขาดทุกอย่างจึงอยู่ที่ตัวผู้ปกครอง ไม่มีกระบวนการหรือองค์กรอันใดสามารถที่จะควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจของผู้ปกครองได้ ฉะนั้น กระบวนการหรือองค์กรในการตรวจสอบและควบคุมการใช้อำนาจของผู้ปกครองจึงได้พัฒนาขึ้นหลังจากที่มีการปกครองในระบอบประชาธิปไตย ซึ่งขั้นตอนในการตรวจสอบและควบคุมนี้เป็นสิ่งที่มีความสำคัญในหลักการของกฎหมายมหาชน เพราะถ้าขาดกระบวนการควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองแล้ว กฎหมายที่ให้อำนาจดังกล่าวไม่มีลักษณะเป็นกฎหมายมหาชนในความหมายนี้ แม้ว่าจะมีการบัญญัติถึงการให้อำนาจหน้าที่ในการปกครองบริหารประเทศและการบริการสาธารณะก็ตามที่ ทั้งนี้เพราะหลักการของกฎหมายมหาชนนั้นถือกำเนิดขึ้นมาเพื่อป้องกันและแก้ไขการใช้อำนาจของผู้ปกครอง และได้มีการพัฒนามาจนถึงปัจจุบันเพื่อมุ่งเน้นในการแก้ไขปัญหาการใช้อำนาจและหน้าที่ของฝ่ายปกครองเป็นสำคัญ ซึ่งขั้นตอนหรือกระบวนการตรวจสอบการใช้อำนาจและหน้าที่ของผู้ปกครองดังกล่าวเป็นนิติวิธีของกฎหมายมหาชน จากหลักการและสาเหตุที่กล่าวมา จึงอาจสรุปได้ว่ากฎหมายมหาชนนั้นเป็นกฎหมายที่พัฒนาขึ้นมาจากหลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตยที่ยึดหลักการว่าประชาชนทุกคนมีความเท่าเทียมกันและมีความเสมอภาคกัน ไม่มีผู้หนึ่งผู้ใดมีอำนาจและสิทธิมากกว่าผู้อื่น ดังนั้น ผู้ที่จะเป็นผู้ใช้อำนาจในการปกครองนั้น จะต้องเป็นไปตามกฎหมายหรือตามเจตนารมณ์และความต้องการของประชาชน หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือจะต้องเป็นผู้ที่ประชาชนส่วนใหญ่มอบหมายและมอบอำนาจให้ในการปกครอง นอกจากนี้ผู้ปกครองจะต้องใช้อำนาจที่มาจากราษฎรนั้น เพื่อปกป้องและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพและผลประโยชน์ของประชาชน ซึ่งถ้าหากผู้ปกครองใช้อำนาจในการปกครองตามกฎหมายแต่ผลของการปกครองนั้นไม่ตรงตามเจตนารมณ์และความต้องการของประชาชน หรือการบริหารและปกครองประเทศจะส่งผลกระทบต่อ

ประชาชนได้รับความเดือดร้อนและไม่ได้รับความเป็นธรรม ฉะนั้นองค์ประกอบประการสำคัญ ประการหนึ่งของกฎหมายมหาชนก็คือ จะต้องมียุติธรรมและกระบวนการในการตรวจสอบและควบคุมการใช้อำนาจของผู้ปกครองด้วย

## 10.2 หลักการของการควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจ

กระบวนการตรวจสอบและการควบคุมการใช้อำนาจในการบริหารและปกครองประเทศและการบริการสาธารณะตามหลักของกฎหมายมหาชน มีหลักการสำคัญ 2 ประการ คือ การตรวจสอบและควบคุมการใช้อำนาจโดยองค์กรภายใน และการตรวจสอบและควบคุมการใช้ อำนาจโดยองค์กรภายนอก

**10.2.1. การตรวจสอบและควบคุมการใช้อำนาจโดยองค์กรภายใน<sup>123</sup>** เนื่องจากการใช้อำนาจหน้าที่ตามกฎหมายมหาชนเป็นการใช้อำนาจทางการบริหารและการปกครองในระดับต่างๆ รวมทั้งเป็นกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับการบริการสาธารณะ ซึ่งการบริการสาธารณะนี้เป็นการใช้อำนาจทางการปกครองในรูปแบบของการกระจายอำนาจและการบริหารเป็นสำคัญ อาทิเช่น พระราชบัญญัติบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ.2534 ได้บัญญัติให้อำนาจและหน้าที่แก่หน่วยงานของรัฐ และแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐ รวมทั้งมีการกำหนดระดับขั้นตอนต่าง ๆ ของการบริหารราชการแผ่นดินและ การปกครอง ซึ่งบัญญัติถึงเรื่องของการปฏิบัติราชการแทนในการใช้อำนาจในการอนุมัติ อนุญาต ฯลฯ และเรื่องของการรักษาราชการแทนว่ามีขั้นตอนและการปฏิบัติอย่างไร โดยบทบัญญัติดังกล่าวนี้เป็นเรื่องของการใช้อำนาจตามหน้าที่ที่กฎหมายได้บัญญัติไว้ทั้งสิ้น ซึ่งนอกจากจะบัญญัติไว้ในบทบัญญัติของพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 แล้ว ยังจะพบได้จากพระราชบัญญัติอื่นๆ อีก อาทิเช่น พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการส่วนจังหวัด พ.ศ.2498 พระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ.2534 พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ.2496 พระราชบัญญัติสุขาภิบาล พ.ศ.2495 พระราชบัญญัติระเบียบบริหารกรุงเทพมหานคร พ.ศ.2528 ฯลฯ พระราชบัญญัติดังที่กล่าวมาแล้วเหล่านี้ ล้วนแล้วแต่เป็นกฎหมายมหาชนทั้งสิ้น เพราะเป็นกฎหมายที่บัญญัติเกี่ยวกับการให้อำนาจและหน้าที่ในการปกครองบริหารประเทศและการบริการสาธารณะเป็นสำคัญ ซึ่งเนื้อหาสาระที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติแต่ละฉบับนั้น เป็นการบัญญัติถึงอำนาจและหน้าที่ของแต่ละองค์กรเป็นสำคัญ โดยการกำหนดให้องค์กรต่างๆ เหล่านี้มีสถานภาพเป็นนิติบุคคล การกำหนดหน้าที่และอำนาจ รวมทั้งการกำหนดขอบเขตของการกระทำการตามอำนาจและหน้าที่นั้นๆ รวมทั้งบัญญัติถึงขั้นตอนการกำกับดูแลในองค์กรด้วย ฉะนั้นการใช้ อำนาจตามบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวจึงเป็นเรื่องที่มีความเกี่ยวข้องกับประชาชน ไม่ว่าจะเป็นเรื่องของการอนุมัติ การอนุญาต การออกคำสั่งหรือการออกกฎหมายระเบียบ ฯลฯ ตามที่กฎหมาย

<sup>123</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับศาลปกครอง*, กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2538, หน้า 34

ให้อำนาจไว้ เมื่อกฎหมายมอบหมายและให้อำนาจไว้แก่ผู้ปกครอง รวมทั้งกำหนดวิธีการควบคุมการใช้อำนาจดังกล่าวไว้ด้วย ทั้งนี้ เพื่อเป็นการป้องกันการใช้อำนาจและหน้าที่โดยมิชอบหรือขาดความยุติธรรมที่ก่อให้เกิดความเดือดร้อนแก่ประชาชน หรือแม้กระทั่งผลของการใช้อำนาจและหน้าที่ของผู้ปกครองนั้น ไม่ตรงตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย วิธีการควบคุมการใช้อำนาจโดยองค์กรภายในองค์กรของฝ่ายบริหารดังกล่าวนี้มีอยู่ 2 วิธีนั้น คือ การร้องทุกข์ และการอุทธรณ์

1) การร้องทุกข์ ผู้ปกครองหรือผู้ที่มีอำนาจและหน้าที่ในการบริหารกฎหมายได้มอบหมายให้ผู้อำนาจและหน้าที่ในทางที่ไม่ชอบ ทำให้ประชาชนได้รับความเดือดร้อนและความไม่เป็นธรรม ประชาชนอาจจะใช้วิธีการควบคุมการใช้อำนาจโดยวิธีการ “ร้องทุกข์” ได้วิธีหนึ่ง ตัวอย่างเช่น ประชาชนดำเนินการขออนุญาตสร้างและต่อเติมบ้าน โดยกระทำการถูกต้องตามระเบียบและขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดไว้ทุกประการ แต่เจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งเป็นผู้มีอำนาจและหน้าที่ในเรื่องดังกล่าวไม่อนุญาตให้ประชาชนสร้างและต่อเติมบ้าน กรณีนี้ประชาชนผู้ขออนุญาตก่อสร้างและต่อเติมบ้านนั้น ได้เกิดข้อพิพาทกับเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งข้อพิพาทดังกล่าวนี้เรียกว่าเป็น “กรณีพิพาททางปกครอง” คือ กรณีพิพาทที่เกิดขึ้นอันเนื่องมาจากการใช้อำนาจและหน้าที่ทางปกครองของผู้ปกครองตามที่กฎหมายได้ให้อำนาจและหน้าที่ไว้ และเมื่อเกิดกรณีพิพาททาง การปกครองนั้น เนื่องจากกรณีดังกล่าวไม่ใช่เป็นการกระทำความผิดในทางแพ่งหรือในทางอาญาแต่เป็นกรณีพิพาทที่เกิดขึ้นกับหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ที่ใช้อำนาจและหน้าที่ทางการบริหารและการปกครองรวมทั้งในการบริการสาธารณะ ฉะนั้นกระบวนการหรือขั้นตอนที่จะนำมาใช้ได้กรณีพิพาททางการปกครองเช่นนี้ จะต้องใช้กระบวนการทางกฎหมายมหาชน

“การร้องทุกข์” เป็นกระบวนการทางกฎหมายมหาชนอย่างหนึ่งที่ใช้ในการควบคุมการใช้อำนาจของหน่วยงานของรัฐ และของเจ้าหน้าที่ของรัฐวิธีการร้องทุกข์นี้ทำได้โดยการร้องเรียนไปยังผู้ที่มีอำนาจเหนือกว่าหรือที่เรียกว่าเป็นผู้บังคับบัญชาในลำดับที่เหนือกว่าขึ้นไป ซึ่งจุดประสงค์ของการร้องทุกข์นั้น เพื่อให้มีการยกเลิก เพิกถอน หรือมีการเปลี่ยนแปลงคำสั่งที่หน่วยงานของรัฐ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐได้ออกไว้โดยไม่ถูกต้องหรือไม่ชอบนั้น เช่น การขออนุญาตปลูกสร้างและต่อเติมบ้านกับหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ที่มีอำนาจหน้าที่นั้นแล้วไม่ได้รับอนุญาต หากประชาชนผู้ที่เกิดกรณีพิพาทนั้นเห็นว่า การกระทำของหน่วยงานของรัฐ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐดังกล่าว ใช้อำนาจและหน้าที่ที่มีไม่ถูกต้องหรือไม่เป็นธรรมสามารถทำการร้องทุกข์ไปยังผู้บังคับบัญชาที่เหนือกว่าขึ้นไปได้เพื่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงคำวินิจฉัยและสั่งการเสียใหม่

2) การอุทธรณ์ หมายถึง การอุทธรณ์คำสั่ง และคำวินิจฉัยทางปกครอง การอุทธรณ์และการร้องทุกข์นั้นจะมีลักษณะใกล้เคียงกันมาก ผิดกันแต่ว่าการอุทธรณ์คำสั่งหรือคำวินิจฉัยโดยทั่วไปนั้นจะมีระยะเวลาที่เกี่ยวข้องด้วยตัวอย่างเช่น ประชาชนดำเนินการต่อเติมบ้าน

ตามที่ได้รับอนุญาตจากหน่วยงานของรัฐ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ แต่เมื่อได้ทำการต่อเติมบ้านดังกล่าวแล้ว หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเห็นว่าการต่อเติมบ้านดังกล่าวนั้นไม่ได้เป็นไปตามแบบที่ขออนุญาตไว้ เจ้าพนักงานอาจมีคำสั่งให้ประชาชนผู้ได้รับอนุญาตนั้นทำการรื้อถอน หรือให้ทำการแก้ไขให้ตรงตามแบบได้ ซึ่งโดยปกติแล้วเจ้าพนักงานของรัฐนั้นจะแจ้งกำหนดระยะเวลาในการดำเนินการดังกล่าวไว้ ซึ่งหากประชาชนผู้ทำการต่อเติมบ้านเห็นว่าการดำเนินการดังกล่าวของเจ้าพนักงานของรัฐไม่ถูกต้องหรือไม่ชอบ ประชาชนผู้นั้นสามารถดำเนินการอุทธรณ์คำสั่งหรือคำวินิจฉัยของเจ้าพนักงานนั้นได้ภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้แต่อย่างไรก็ดี ในกรณีดังกล่าวประชาชนผู้เกิดกรณีพิพาทนี้ อาจจะดำเนินการ “ร้องทุกข์” หน่วยงานของรัฐ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งตนเห็นว่าใช้อำนาจและหน้าที่ตามกฎหมายในลักษณะที่ไม่เป็นธรรม หรือก่อให้เกิดความเดือดร้อนแก่ตนได้

ทั้งวิธีการ “ร้องทุกข์” และวิธีการ “อุทธรณ์” ต่างเป็นวิธีการในการควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารด้วยองค์กรภายในของฝ่ายบริหารเองกล่าวคือ การร้องทุกข์เป็นวิธีการ ให้ผู้บังคับบัญชาที่มีอำนาจเหนือกว่าทำการพิจารณาและทบทวนคำสั่งหรือคำวินิจฉัยทางการปกครองบริหารอีกชั้นหนึ่ง ส่วนการอุทธรณ์นั้น เป็นวิธีการในการขอให้มีการทบทวนคำสั่งหรือ คำวินิจฉัยทางการปกครองบริหารเช่นเดียวกัน แต่ต่างกันที่ว่า การอุทธรณ์นั้นจะต้องทำในระยะเวลา ที่กฎหมายได้กำหนดหรือบัญญัติไว้เป็นสำคัญ

**10.2.2. การตรวจสอบและการควบคุมการใช้อำนาจโดยองค์กรภายนอก**<sup>124</sup> ในกระบวนการตรวจสอบและการควบคุมการใช้อำนาจภายนอก องค์กรของฝ่ายบริหารและในการบริการสาธารณะนั้น นอกจากจะมีการตรวจสอบและควบคุมการใช้อำนาจภายในองค์กรของฝ่ายบริหารดังกล่าวมาแล้ว ยังมีการตรวจสอบและควบคุมการใช้อำนาจได้จากองค์กรภายนอกอีกวิธีหนึ่งด้วย ทั้งนี้ เพื่อให้การตรวจสอบและควบคุมนั้นมีความรัดกุมและเป็นไปตรงตามเจตนารมณ์ของกฎหมายและตามความต้องการของประชาชนส่วนใหญ่ตามหลักการของระบบประชาธิปไตย หรือที่เรียกว่าการปกครองโดยกฎหมายหรือหลัก “นิติรัฐ” ให้มากที่สุด การตรวจสอบและควบคุมการใช้อำนาจโดยองค์กรภายนอกฝ่ายบริหารมี 3 วิธีที่สำคัญ คือ การควบคุมและตรวจสอบโดยกระบวนการทางรัฐสภา การควบคุมและตรวจสอบโดยองค์กรอิสระต่างๆ และการควบคุมและตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการหรือศาล

1) การควบคุมและตรวจสอบโดยกระบวนการทางรัฐสภา การควบคุมตรวจสอบโดยกระบวนการทางรัฐสภานั้น ถือเป็น การควบคุมทางการเมืองตามระบอบ

<sup>124</sup> ธีระ สุธีวรารังกูร, นิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยเจตนารมณ์ของกฎหมาย, วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2541, หน้า 66

ประชาธิปไตย ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐสภากับคณะรัฐมนตรีเป็นไปตามระบบรัฐสภาจะมี บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญกำหนดให้รัฐสภาเป็นองค์กรหลักในการทำหน้าที่ควบคุมการบริหาร ราชการแผ่นดินของคณะรัฐมนตรีทั้งคณะ โดยการสอดส่องดูแลการปฏิบัติตามนโยบายของฝ่าย ปกครองด้วย การตั้งกระทู้ถามการตั้งคณะกรรมการสามัญซึ่งมาจากสมาชิกของแต่ละสภา หรือ การตั้งคณะกรรมการวิสามัญซึ่งมาจากสมาชิก หรือจากบุคคลที่ไม่ได้เป็นสมาชิก เพื่อทำหน้าที่ ตรวจสอบการบริหารราชการแผ่นดินในเรื่องต่างๆ ที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ หรือสภาผู้แทนราษฎร อาจใช้วิธีเข้าชื่อให้ครบตามจำนวนที่กำหนดเพื่อเสนอญัตติขอเปิดอภิปรายทั่วไป หรือการอภิปราย ทั่วไปไว้วางใจนายกรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรีเป็นรายบุคคล ส่วนวุฒิสภาก็อาจใช้วิธีเข้าชื่อให้ครบตาม จำนวนที่กำหนดเพื่อเสนอญัตติขอเปิดอภิปรายทั่วไป โดยไม่มีการลงมติก็ได้ทั้งในฐานะรัฐบาล และในฐานะฝ่ายปกครองที่ต้องดำเนินการให้เป็นไปตามนโยบายที่แถลงไว้ต่อสภา และตาม กฎหมายถือเป็นบทบาทที่สำคัญอย่างยิ่งในการควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐของรัฐบาล นอกจากนี้รัฐสภายังคงมีอำนาจในการตรวจสอบด้วยวิธีอื่นๆ อีก เช่น การพิจารณาร่างกฎหมาย ที่ฝ่ายปกครองเสนอการพิจารณางบประมาณของฝ่ายปกครอง และการรับเรื่องราวร้องทุกข์จาก ประชาชน เป็นต้น อย่างไรก็ตาม ยังมีการควบคุมและตรวจสอบฝ่ายปกครองจากองค์กรอื่นๆ อีก เช่น องค์กรภาคเอกชน ภาคประชาชน พรรคการเมือง สหภาพแรงงาน ขบวนการนักศึกษา และ สื่อสารมวลชน เป็นต้น

2) การควบคุมและตรวจสอบโดยองค์กรอิสระต่างๆ<sup>125</sup> การควบคุมและ ตรวจสอบโดยองค์กรอิสระต่างๆ เป็นการมอบหมายให้องค์กรอิสระมีอำนาจในการควบคุมและ ตรวจสอบภายในขอบเขตอำนาจขององค์กรนั้นๆ เช่น คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน (คตง.) มี อำนาจหน้าที่ในการวางนโยบายการตรวจเงินแผ่นดิน ให้คำแนะนำแก่ฝ่ายบริหารในการแก้ไข กฎหมายระเบียบข้อบังคับเกี่ยวกับการควบคุมเงินของรัฐ กำหนดมาตรฐาน หรือมาตรการเกี่ยวกับการ ตรวจสอบการบริหารงบประมาณสำหรับหน่วยรับตรวจ และเป็นองค์กรชี้ขาดสูงสุดใน กระบวนการทางวินัยทางงบประมาณและการคลัง ผู้ตรวจเงินแผ่นดินมีอำนาจทำหน้าที่กำหนด แผนการตรวจสอบ และแต่งตั้งเจ้าหน้าที่ตรวจสอบการใช้จ่ายเงินงบประมาณของภาครัฐ รวมทั้งให้ คำปรึกษา ความเห็นหรือข้อมูลแก่คณะกรรมการฯ ส่วนผู้ตรวจการแผ่นดินมีอำนาจหน้าที่พิจารณา และสอบสวนหาข้อเท็จจริงตามคำร้องเรียน ในกรณีการไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย หรือปฏิบัติ นอกเหนืออำนาจหน้าที่ตามกฎหมายของข้าราชการ พนักงาน หรือลูกจ้างของหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐหรือรัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น การปฏิบัติหรือละเลยไม่ปฏิบัติหน้าที่ ของข้าราชการ พนักงาน หรือลูกจ้างของหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ หรือรัฐวิสาหกิจ หรือ

<sup>125</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับศาลปกครอง, หน้า 59

ราชการส่วนท้องถิ่นที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ร้องเรียนหรือประชาชน โดยไม่เป็นกรรมไม่ว่า การนั้นจะชอบหรือไม่ชอบด้วยอำนาจหน้าที่ก็ตาม อีกทั้ง ยังอาจเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญหรือ ศาลปกครอง เมื่อเห็นว่ากฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใดของบุคคลใดตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 244 (1) (ก) มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายให้เสนอเรื่องพร้อมด้วยความเห็น ต่อศาลปกครองได้ เป็นต้น

3) การควบคุมและตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการหรือศาล การควบคุม และตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ หรือศาลต่อฝ่ายปกครองของไทยนั้น จะเห็นได้ว่าประเทศไทย ได้ ใช้ระบบศาลคู่ เป็นระบบที่ทำให้ศาลยุติธรรมมีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทเฉพาะคดีแพ่งและ คดีอาญาเท่านั้น ส่วนคดีปกครองอยู่ในเขตอำนาจการพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง อันเป็น วิธีการที่กฎหมายให้ออกชนผู้ได้รับความเสียหาย อันเนื่องมาจากการกระทำทางปกครอง มีสิทธิ ฟ้องคดีต่อศาลปกครอง เพื่อขอให้ศาลพิจารณาและพิพากษาว่า การกระทำทางปกครองที่มี ผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพ หรือประโยชน์อันชอบธรรมของเอกชน เป็นการกระทำที่มิชอบ ด้วยกฎหมาย และขอให้ศาลเพิกถอนการกระทำนั้น หรือไม่ให้ใช้การกระทำทางปกครองนั้นบังคับ แก่กรณีของตน หรืออาจขอให้บังคับฝ่ายปกครองชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ตนด้วยการ ควบคุมและตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการนี้ จึงมีความสำคัญอย่างยิ่งเพราะเป็นระบบที่ให้ หลักประกันกับประชาชนมากที่สุด ด้วยเหตุนี้ จึงมีการกล่าวกันว่า รัฐใดรัฐหนึ่งไม่อาจถือได้ว่าเป็น นิติรัฐ หากรัฐนั้นปราศจากการควบคุมและตรวจสอบฝ่ายปกครองโดยองค์กรตุลาการ ทั้งนี้ เพื่อเป็นการคุ้มครองความเป็นธรรมในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีด้วย

ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีพิพาทระหว่างหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญ หรือ เจ้าหน้าที่ของรัฐกับเอกชน หรือระหว่างหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ องค์กร ปกครองส่วนท้องถิ่น หรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วยกัน อันเนื่องมาจากการ ใช้อำนาจทางปกครองตามกฎหมาย หรือเนื่องมาจากการดำเนินกิจกรรมทางปกครองหรือการ กระทำทางปกครองของหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น องค์กรตามรัฐธรรมนูญหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ รวมทั้งมีอำนาจพิจารณา พิพากษาเรื่องรัฐธรรมนูญ หรือกฎหมายบัญญัติให้อยู่ในอำนาจของศาลปกครองด้วย แต่ไม่รวมถึง การวินิจฉัยชี้ขาดขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นการใช้อำนาจโดยตรงตามรัฐธรรมนูญของ องค์กรตามรัฐธรรมนูญนั้น ปัจจุบันมีศาลปกครองสูงสุดและศาลปกครองชั้นต้นเท่านั้น ส่วน ปกครองชั้นอุทธรณ์ยังมิได้มีการจัดตั้งแต่อย่างใด ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครองนั้น ศาลจะพิพากษาชี้ขาดคดีบนพื้นฐานของข้อเท็จจริงที่แน่ชัดว่า การกระทำของหน่วยงานทาง

ปกครอง หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างไร กล่าวคือ เป็นการกระทำโดยไม่มีอำนาจ การกระทำนอกเหนืออำนาจหน้าที่ การกระทำที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมาย การกระทำที่ไม่ถูกต้องตามแบบขั้นตอน การกระทำที่ไม่ถูกต้องตามวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้ สำหรับการนั้น การกระทำโดยไม่สุจริต การกระทำที่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม การกระทำที่มีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็น การกระทำที่สร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร และการกระทำที่เกิดจากการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบหรือไม่ ซึ่งการกระทำทางปกครองนั้นอาจเป็นการออกกฎ เช่น พระราชกฤษฎีกา ระเบียบ ข้อบังคับต่างๆ หรือการออกคำสั่ง เช่น คำสั่งอนุญาต คำสั่งแต่งตั้ง และคำสั่งอนุมัติ เป็นต้น โดยศาลปกครองมีอำนาจที่จะสั่งเพิกถอน หรือสั่งห้าม การกระทำทางปกครองของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น แต่จะไม่มีอำนาจสั่งบังคับหน่วยงานทางปกครอง หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐให้ใช้ดุลพินิจสั่งการอย่างใดอย่างหนึ่ง อนึ่ง หากผู้ฟ้องคดีฟ้องคดีต่อศาลปกครองยังมีได้ดำเนินการตามขั้นตอน หรือวิธีการ สำหรับการแก้ไขความเดือดร้อน หรือเสียหายที่กฎหมายกำหนดเสียก่อนฟ้องคดี ในการฟ้องคดี ปกครองนั้น ผู้ฟ้องคดียังไม่มีสิทธิที่จะฟ้องคดีต่อศาลปกครองในทันทีที่ได้ แต่ผู้ฟ้องคดีจะต้อง พิจารณาเสียก่อนว่า มีกฎหมายกำหนดขั้นตอน หรือวิธีการสำหรับการแก้ไขความเดือดร้อน หรือเสียหายในเรื่องนั้นไว้แล้วหรือไม่ หากมีกฎหมายกำหนดขั้นตอนหรือวิธีการใดๆ ไว้เป็นการ เฉพาะ ผู้ฟ้องคดีจะต้องปฏิบัติตามขั้นตอนที่กฎหมายเฉพาะนั้นกำหนดไว้เสียก่อน เช่น กรณี ผู้ฟ้องคดีเป็นข้าราชการตำรวจและได้รับคำสั่งลงโทษทางวินัย จากสำนักงานตำรวจแห่งชาติ ผู้ฟ้องคดีจะต้องอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าวต่อคณะกรรมการข้าราชการตำรวจ (ก.ตร.) ตามที่กฎหมาย ว่าด้วยระเบียบข้าราชการตำรวจและกฎหมายว่าด้วยวินัยตำรวจกำหนดไว้เสียก่อน หรือกรณี เป็นข้าราชการครูและได้รับคำสั่งลงโทษทางวินัยจากสำนักงานประถมศึกษาจังหวัด ก็จะต้อง อุทธรณ์คำสั่งดังกล่าวต่อคณะกรรมการข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา (อ.ก.ค.) จังหวัด ตามที่กฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการครูกำหนดไว้ เป็นต้น หรือกรณีที่เป็นเรื่องของการเวนคืนที่ดิน หากผู้ฟ้องคดีถูกเวนคืนที่ดินเพื่อสร้างทางหลวง แต่ไม่พอใจจำนวนเงินทดแทนที่ได้รับ ผู้ฟ้องคดีก็ต้องอุทธรณ์การกำหนดจำนวนเงินค่าทดแทนดังกล่าวต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคมเสียก่อน ตามที่กฎหมายว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ได้กำหนดไว้และเมื่อทราบ ผลการพิจารณาอุทธรณ์ในชั้นที่สุดแล้ว หากผู้ฟ้องคดียังไม่เห็นด้วย จึงจะมีสิทธินำเรื่องดังกล่าว มาฟ้องต่อศาลปกครอง ต่อไป



## 11. หลักกฎหมายเกี่ยวกับการพิจารณาทางปกครองตามกฎหมายต่างประเทศ

แต่เดิมในต่างประเทศถือหลักว่า พระมหากษัตริย์ไม่อาจทรงกระทำผิด ดังนั้น การกระทำของรัฐหรือฝ่ายปกครอง (“ฝ่ายปกครอง” (Administration) หมายถึง หน่วยงานของรัฐและเจ้าหน้าที่ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ทั่วไปในการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชน อันเป็นหน้าที่ซึ่งยุ่งยากซับซ้อนมาก และในการปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวต้องอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมาย)<sup>126</sup> เป็นการทำในนามของพระมหากษัตริย์ รัฐหรือฝ่ายปกครองจึงไม่ต้องรับผิดชอบเกิดความเสียหายขึ้นแก่เอกชน และไม่สามารถจะถูกฟ้องต่อศาลได้ แต่เอกชนฟ้องให้เจ้าหน้าที่รับผิดชอบเป็นการส่วนตัวได้ หากก่อให้เกิดความเสียหาย แม้ว่าการทำงานที่ทำนั้นจะเป็นการปฏิบัติหน้าที่ราชการก็ตาม แต่ต่อมาเมื่อมีการพัฒนาประเทศมากขึ้นทั้งในด้านสังคม เศรษฐกิจและการเมืองทำให้กิจการงานของรัฐได้ขยายออกไปอย่างกว้างขวางและเพิ่มมากขึ้น จึงเกิดวิวัฒนาการแนวความคิดว่ารัฐควรรับผิดชอบในการกระทำของเจ้าหน้าที่ซึ่งปฏิบัติงานให้แก่รัฐหรือฝ่ายปกครอง ดังนั้น จะขอกกล่าวถึงหลักกฎหมายเกี่ยวกับการพิจารณาทางปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศส และประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ซึ่งทั้งสองประเทศมีระบบกฎหมายปกครอง แยกต่างหากจากหลักกฎหมายแพ่งซึ่งจะเป็นประโยชน์ต่อการศึกษาเกี่ยวกับคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ผู้ทำละเมิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่หน่วยงานของรัฐ เนื่องจากแนวความคิดและหลักกฎหมายปกครองของทั้งสองประเทศมีอิทธิพลต่อระบบกฎหมายปกครองของประเทศไทยเป็นอย่างมาก ดังจะกล่าวต่อไปนี้

### 11.1 หลักกฎหมายเกี่ยวกับการพิจารณาทางปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศส

#### 11.1.1 วิวัฒนาการของแนวความคิดเกี่ยวกับความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่<sup>127</sup>

ในช่วงครึ่งแรกของศตวรรษที่ 19 หลักที่ว่า “รัฐไม่ต้องรับผิดชอบ” ถือเสมือนเป็นสิ่งที่คู่เคียง กับความเป็นอธิปไตยของรัฐ หลักดังกล่าวไม่เป็นธรรมกับเอกชนแต่เป็นที่ยอมรับได้เนื่องจาก ในสมัยนั้นอยู่ในระบบรัฐเสรีนิยม ซึ่งรัฐจำกัดบทบาทของตนเองไว้อย่างแคบ ดังนั้นโอกาสที่รัฐจะไปก่อให้เกิดความเสียหายจึงมีไม่มากนัก ต่อมาหลักดังกล่าวได้เปลี่ยนแปลงไป โดยมีจุดเริ่มจากการตรารัฐบัญญัติ ลงวันที่ 28 Pluviose an VIII ที่บัญญัติให้รัฐรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดจาก งานโยธาสาธารณะและไม่นำหลักเรื่องรัฐไม่ต้องรับผิดชอบมาใช้กับความเสียหายที่เกิดขึ้นจาก

<sup>126</sup> สุจิน ชื่อสุวรรณ, ความรับผิดชอบทางละเมิดของข้าราชการ, วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2532, หน้า 1

<sup>127</sup> สำนักงานศาลปกครอง, หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส, กรุงเทพฯ: กรุสสภาลาดพร้าว, 2547, หน้า 293 - 299

กิจกรรมในทางแพ่ง และกิจกรรมขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น โดยกรณีทั้งสองอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายแพ่งและเขตอำนาจของศาลยุติธรรม หลักความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองเริ่มได้รับการยอมรับ แม้จะไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร สำหรับความเสียหายที่เกิดจากการกระทำที่เรียกว่า การจัดการของฝ่ายปกครอง ซึ่งไม่เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐ โดยคำพิพากษาที่สร้างหลักในเรื่องนี้คือ คำพิพากษาคดีบลังกโก (Blanco) ของศาลคดีขัดกัน (Tribunal des Conflits) ซึ่งได้พิพากษาไว้เมื่อวันที่ 1 กุมภาพันธ์ ค.ศ.1873 ยืนยันว่า “ความรับผิดชอบจะต้องตกแก่รัฐ สำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นกับเอกชนอันเกิดจากการกระทำของผู้ที่ทำงานให้กับหน่วยงานบริการสาธารณะนั้น... ไม่มีลักษณะทั่วไปและเด็ดขาด ความรับผิดชอบนั้นมีกฎเกณฑ์เป็นพิเศษ...” อันเป็นการยอมรับความมีอยู่ของหลักความรับผิดชอบของฝ่ายปกครอง โดยที่ไม่มีตัวบทกฎหมายบัญญัติไว้

ต่อมาระบบกฎหมายของฝรั่งเศสได้แก้ไขหลักการเรื่อง “รัฐไม่ต้องรับผิดชอบ” โดยยอมรับความรับผิดชอบเป็นการส่วนตัวของเจ้าหน้าที่ หากเป็นความผิดที่ได้กระทำไปตามอำนาจหน้าที่ โดยให้คดีดังกล่าวอยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรม แต่มาตรา 75 ของรัฐธรรมนูญฉบับปีที่ 8 ได้กำหนด ให้การฟ้องคดีเพื่อความรับผิดชอบดังกล่าวจะต้องได้รับอนุมัติจากสภาแห่งรัฐ (Conseil d Etat) ก่อน ซึ่งเรียกว่า “หลักประกันในทางบริหารของข้าราชการ” ซึ่งในทางปฏิบัติสภาแห่งรัฐจะไม่อนุมัติ ให้ฟ้องคดี และยังคงถือว่าความรับผิดชอบในทางส่วนตัวของเจ้าหน้าที่เป็นข้อยกเว้น ระบบดังกล่าวก่อให้เกิดการคัดค้านอย่างมากจากฝ่ายที่มีแนวคิดเสรีนิยม เมื่อสิ้นสุดยุคคนโปเลียนที่ 3 รัฐบาลชั่วคราว ได้ยกเลิกมาตรา 75 ดังกล่าว รวมทั้งบทบัญญัติอื่นๆ ที่มีวัตถุประสงค์เป็นการขัดขวางมิให้มีการฟ้องเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองทุกประเภท ด้วยการตรารัฐกฤษฎีกา ลงวันที่ 18 กันยายน 1870 ซึ่งทำให้เกิดการยอมรับหลักในเรื่องความรับผิดชอบส่วนตัวของเจ้าหน้าที่สำหรับความผิดส่วนตัวและยอมรับหลักในเรื่องความรับผิดชอบของฝ่ายปกครอง สำหรับกรณีความผิดอื่นอันไม่ใช่ความผิดส่วนตัว ดังปรากฏอยู่ในคำวินิจฉัยของศาลคดีขัดกัน ในคดี Pelletier ซึ่งวินิจฉัยไว้เมื่อวันที่ 30 กรกฎาคม ค.ศ.1873 ว่า แม้รัฐกฤษฎีกาดังกล่าวจะได้ยกเลิกมาตรา 75 ของรัฐธรรมนูญไปแล้ว แต่ก็มิได้เปลี่ยนแปลงหลักการแบ่งแยกอำนาจ หากเจ้าหน้าที่ทุกคนจะต้องรับผิดชอบในความเสียหายทางปกครองในลักษณะเดียวกันหมด และอยู่ภายใต้การพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรม หลักการแบ่งแยกอำนาจก็จะถูกละเมิดเพราะเท่ากับศาลยุติธรรมเข้ามายุ่งเกี่ยวกับการดำเนินการของฝ่ายปกครอง ดังนั้น จึงต้องมีการแบ่งแยกให้ชัดเจนว่าในกรณีการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นนั้นกรณีใดที่ไม่อยู่ในขอบเขตความรับผิดชอบของฝ่ายปกครอง อันจะถือเป็นความผิดส่วนตัวของเจ้าหน้าที่ผู้กระทำความผิดนั้น โดยการกระทำดังกล่าวสามารถแยกออกจากการปฏิบัติหน้าที่โดยปกติของเจ้าหน้าที่ผู้นั้นได้ และความรับผิดชอบดังกล่าวอยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรมและในบังคับ

ของระบบกฎหมายแพ่ง สำหรับการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหาย ซึ่งไม่อาจแยกออกจากการปฏิบัติหน้าที่โดยปกตินั้น ถือเป็นความผิดของหน่วยงาน และฝ่ายปกครองเป็นผู้ต้องรับผิดชอบ โดยคดีดังกล่าวอยู่ ในเขตอำนาจของศาลปกครอง

### 11.1.2 เงื่อนไขความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่และหน่วยงานของรัฐ

#### 1) ความรับผิดชอบส่วนตัวของเจ้าหน้าที่<sup>128</sup>

จากวิวัฒนาการของหลักกฎหมายปกครองว่าด้วยความรับผิดชอบของฝ่ายปกครอง ดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น ได้มีการแบ่งแยกความรับผิดชอบของหน่วยงานรัฐออกจากความผิดส่วนตัว ซึ่งเจ้าหน้าที่จะต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัว โดยชัดใช้จากทรัพย์สินส่วนตัวของเจ้าหน้าที่ และเป็น คดีที่เกิดขึ้น ศาลยุติธรรมรวมทั้งอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายแพ่ง ซึ่งถ้าหน่วยงานของรัฐเห็นว่าความผิด ที่เป็นเหตุแห่งการฟ้องคดีดังกล่าวเป็นความผิดของหน่วยงานของรัฐก็ต้องยกขึ้นเป็นข้อคัดค้านว่าศาลยุติธรรมไม่มีอำนาจเหนือคดีนั้น ถ้าศาลคดีขัดกันเห็นด้วยกับหน่วยงานของรัฐก็จะวินิจฉัยให้คดีนั้น ไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรม และมีผลถึงเนื้อหาของคดีว่าไม่ใช่เป็นความผิดส่วนตัวของเจ้าหน้าที่ แต่ถ้าศาลคดีขัดกันไม่เห็นด้วยกับความเห็นดังกล่าวก็จะยกข้อคัดค้านนั้น ดังนั้น ศาลคดีขัดกันจึงเป็นผู้กำหนดลักษณะและขอบเขตของความผิดทั้งสองประเภทดังกล่าว การแบ่งแยกขอบเขตความผิดดังกล่าว ทำให้มีแนวคิดว่า ความผิดส่วนตัวของเจ้าหน้าที่เมื่อเปรียบเทียบกับความผิดของหน่วยงานของรัฐ ก็คือ ความผิดที่สามารถแยกออกจากการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ผู้นั้นได้ โดยอาจเป็นการแบ่งแยก ดังนี้

ก. การแบ่งแยกโดยพิจารณาตามเนื้อหาสาระ คือ กรณีที่การกระทำ ความผิดเกิดขึ้นนอกเหนือจากการปฏิบัติหน้าที่ และไม่มีความสัมพันธ์กับการปฏิบัติหน้าที่

ข. การแบ่งแยกโดยพิจารณาจากเจตนาของผู้กระทำผิด คือ กรณีเป็นการกระทำในอำนาจหน้าที่ แต่อาจถือเป็นความผิดส่วนตัวของเจ้าหน้าที่ก็ได้ หากการกระทำดังกล่าวมีลักษณะดังที่ Laferriere กล่าวไว้ว่า “จะเป็นความผิดของหน่วยงาน ถ้าการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายนั้นมีลักษณะไม่เจาะจง แสดงให้เห็นถึงความผิดของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองคนหนึ่งหรือมากกว่านั้น แต่จะเป็นความผิดส่วนตัว ถ้าความผิดนั้นแสดงให้เห็นถึงความอ่อนแอ คัมหาความประมาทเลินเล่อของมนุษย์” ได้นำมาใช้กับกรณีเจ้าหน้าที่กระทำการโดยมีเหตุผลส่วนตัว เช่น เป็นการหาประโยชน์ส่วนตัวโดยเฉพาะ หรือโดยความต้องการที่จะแก้แค้น และกรณีความรุนแรงเป็นพิเศษของการกระทำความคิด เช่น ความโทรมร้ายป่าเถื่อน ความไม่รู้จักพอ ฯลฯ

<sup>128</sup> “เรื่องเดียวกัน” , หน้า 335 - 338

ศาลปกครองชั้นต้นแห่งเมืองบอร์โด ได้วางหลักทั่วไปไว้ว่า ความผิดส่วนตัว คือความผิดที่แยกออกได้จากหน้าที่ กล่าวคือ การกระทำนอกหน้าที่ทุกอย่างของเจ้าหน้าที่เพื่อประโยชน์เฉพาะของตนหรือเพื่อสนองตัณหา ความต้องการ หรือความพยายามอาฆาตของตน ความประมาทเลินเล่อที่ไม่อาจให้อภัยได้ ความซุ่มซ่ามอย่างร้ายแรง หรือความผิดที่เกิดจากเจตนาชั่วของเจ้าหน้าที่<sup>129</sup>

## 2) ความรับผิดชอบของหน่วยงานของรัฐ

แต่เดิมนั้นรัฐไม่ต้องรับผิดชอบใดๆ เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติไว้ชัดเจน แต่ต่อมาแนวความคิดเกี่ยวกับความรับผิดชอบของหน่วยงานของรัฐได้เริ่มขึ้นครั้งสำคัญจากคำพิพากษาคดี บลังโก (Blanco) ของศาลคดีขัดกันซึ่งคำพิพากษานี้ถือว่าไม่ให้นำหลักเกณฑ์ในกฎหมายแพ่งมาใช้และความรับผิดชอบของหน่วยงานของรัฐอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์เฉพาะ นอกจากนั้นความรับผิดชอบของหน่วยงานของรัฐยังครอบคลุมไปถึงบริการสาธารณะบางประเภทที่ก่อนหน้านี้ไม่ต้องรับผิดชอบ เช่น การรักษาความสงบก็ต้องรับผิดชอบ ความรับผิดชอบได้ขยายตัวมาในทุกๆ กิจการ ในปัจจุบันความรับผิดชอบได้ขยายมาแม้กระทั่งรัฐในฐานะนิติบัญญัติหรือเกี่ยวกับสนธิสัญญาต่างประเทศ รากฐานของความรับผิดชอบแต่เดิมจะมีความรับผิดชอบได้ต่อเมื่อมีความผิดที่มีลักษณะร้ายแรงในระดับหนึ่ง ความร้ายแรงนี้ต่อมาแม้ลดระดับลงก็ยังคงต้องรับผิดชอบ โดยมีการแสวงหารากฐานอื่นๆ นอกจากความผิด เช่น การเสี่ยงภัย หลักความเสมอภาคของพลเมืองที่มีต่อภาระสาธารณะ<sup>130</sup> ในปัจจุบันกฎหมายปกครองของฝรั่งเศสถือหลักความรับผิดชอบของหน่วยงานของรัฐเป็นหลักทั่วไป ความไม่รับผิดชอบของหน่วยงานของรัฐเป็นเพียงข้อยกเว้นเหตุผลจากการพัฒนาและขยายหลักความรับผิดชอบของหน่วยงานของรัฐออกไปอย่างกว้างขวางนั้น ก็เพื่อให้ความคุ้มครองแก่สิทธิเสรีภาพของเอกชน และอาจกล่าวได้ว่าหลักเกณฑ์ในเรื่องความรับผิดชอบนี้เกิดจากคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐเป็นส่วนใหญ่และเป็นหลักเกณฑ์พิเศษแยกต่างหากจากกฎเกณฑ์ในประมวลกฎหมายแพ่ง คดีความส่วนใหญ่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองจะมีข้อยกเว้นที่อยู่ในอำนาจศาลยุติธรรม<sup>131</sup> ลักษณะของความรับผิดชอบของหน่วยงานของรัฐอาจพิจารณาได้ดังนี้<sup>132</sup>

<sup>129</sup> โกลิน พลกูล, “คดีปกครองในฝรั่งเศส”, *วารสารอัยการ* 7, 73 (มกราคม 2527), หน้า 76

<sup>130</sup> พูนศักดิ์ ไวสำรวจ, “ความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองในฝรั่งเศส”, *วารสารกฎหมายปกครอง* 6, 3 (ธันวาคม 2530), หน้า 588 - 589

<sup>131</sup> สุจิน ชื่อสุวรรณ, *ความรับผิดชอบทางละเมิดของข้าราชการ*, หน้า 78 - 79

<sup>132</sup> ปิ่น มาศรินทร์, *ปัญหาเขตอำนาจศาลปกครองในการพิจารณาคดีพิพาทเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ*, วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545, หน้า 50 - 51

ก. ความรับผิดชอบของหน่วยงานของรัฐอันมีที่มาจากความผิด อาจเกิดได้เป็น 2 กรณี คือ กรณีแรก เกิดจากการกระทำละเมิดในการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ ซึ่งความรับผิดชอบในทางปกครองเป็นหลักที่แตกต่างจากความรับผิดชอบในทางกฎหมายเอกชน โดยมีหลักว่าการกระทำละเมิดในทุกๆ การกระทำ แม้ว่าจะเป็นความเสียหายเพียงเล็กน้อยก็จะต้องมีความรับผิดชอบ แต่หลักในทางกฎหมายปกครองไม่เป็นเช่นนั้น จึงได้มีการจัดระดับความหนักเบาแห่งการกระทำละเมิดในทางปกครองไว้สามลักษณะ คือ การกระทำละเมิดตามปกติ การกระทำละเมิดอย่างร้ายแรง และการกระทำละเมิดที่ชัดแจ้งและก่อให้เกิดความรุนแรง และกรณีที่สอง เกิดจากการกระทำที่ไม่อาจกำหนดตัวผู้กระทำผิดได้แน่ชัด หรือไม่อาจเจาะจงลงไปได้ว่าเจ้าหน้าที่ผู้ใดเป็นผู้กระทำผิด แต่เป็นความผิดที่เกิดจากการดำเนินงานที่เป็นส่วนรวม หรือการจัดทำบริการสาธารณะของรัฐ

ข. ความรับผิดชอบ โดยไม่มีความบกพร่องในการดำเนินงานหรือความรับผิดชอบของรัฐ โดยไม่มีความผิด การกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายที่เป็นเหตุให้รัฐต้องรับผิดชอบนอกจากจะต้องเป็นการกระทำอันมีที่มาจากความผิดแล้ว กฎหมายปกครองฝรั่งเศสยังได้ขยายความรับผิดชอบของรัฐ โดยได้ยอมรับความรับผิดชอบโดยไม่มีความบกพร่องในการดำเนินงาน เช่น หลักความรับผิดชอบที่เกิดจากการเลี้ยงกบ และหลักเรื่องความเสมอภาคของพลเมืองต่อภาระสาธารณะ โดยได้ขยายความรับผิดชอบออกไป

กล่าวโดยสรุป การวินิจฉัยความรับผิดชอบของหน่วยงานของรัฐตามกฎหมายปกครองฝรั่งเศส ประเด็นแรกที่จะต้องพิจารณาก็คือ การกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่เอกชนนั้นเป็น “ความผิดอันเป็นส่วนตัว” ของเจ้าหน้าที่หรือเป็น “ความผิดอันเนื่องเกี่ยวกับการปฏิบัติงานในหน้าที่” โดยหากถือว่าเป็น “ความผิดอันเป็นส่วนตัว” ของเจ้าหน้าที่แล้ว หน่วยงานของรัฐก็ไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบใดๆ ต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อเอกชนนั้น ในทางกลับกันหากเป็น “ความผิด อันเนื่องเกี่ยวกับการปฏิบัติงานในหน้าที่” แล้ว หน่วยงานของรัฐก็จะเป็นผู้รับผิดชอบต่อความเสียหาย ที่เกิดแก่เอกชน ส่วนเจ้าหน้าที่ก็จะหลุดพ้นความรับผิดชอบ

3) ความสัมพันธ์ระหว่างความรับผิดชอบส่วนตัวของเจ้าหน้าที่กับความรับผิดชอบของหน่วยงานของรัฐ<sup>133</sup>

ตามแนวคำวินิจฉัยในคดี Pelletier ถือได้ว่า ความรับผิดชอบแยกออกเป็น 2 ลักษณะ คือ ความรับผิดชอบเป็นการส่วนตัวของเจ้าหน้าที่ ซึ่งเกิดจากการกระทำผิดส่วนตัวของเจ้าหน้าที่ ความผิดส่วนตัวนี้จะเกิดขึ้นเมื่อเจ้าหน้าที่ได้กระทำโดยจงใจ หรือเจตนาร้าย หรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง หรือกระทำออกนอกขอบเขตของงานในหน้าที่ราชการของเขา ซึ่ง

<sup>133</sup> สำนักงานศาลปกครอง, *หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส*, หน้า 338 - 341

การพิจารณาคดีเป็นอำนาจของศาลยุติธรรม กับความรับผิดชอบของหน่วยงานของรัฐซึ่งความผิดที่เจ้าหน้าที่กระทำนั้นเกิดขึ้นเนื่องมาจากการปฏิบัติหน้าที่ราชการ และไม่เข้าหลักเกณฑ์เป็นการกระทำผิดส่วนตัว กรณีนี้ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษา ดังนั้น เมื่อความผิดของหน่วยงานของรัฐถือเป็นความผิดโดยตรงของหน่วยงานของรัฐ (ในฐานะรัฐ) ไม่ใช่ของเจ้าหน้าที่ ในทางตรงกันข้ามความผิดส่วนตัวของเจ้าหน้าที่ไม่อาจจะทำให้เป็นความผิดของหน่วยงานของรัฐโดยส่วนรวมได้ กรณีดังกล่าวเรียกว่า “ระบบความไม่รับผิดชอบร่วมกัน” จากการแบ่งแยกขอบเขตความผิดส่วนตัวกับความผิดของหน่วยงานของรัฐออกจากกันอย่างเด็ดขาด ได้ก่อให้เกิดปัญหาแก่เอกชนผู้ได้รับความเสียหายมาก เพราะในกรณีที่ เป็น “ความผิดอันเป็นส่วนตัว” ซึ่งเจ้าหน้าที่จะต้องรับผิดชอบแล้ว เอกชนผู้เสียหายจะมีหลักประกันน้อยมากในอันที่จะได้รับชดเชยค่าเสียหาย เนื่องจากเจ้าหน้าที่อาจจะมิตำพินยอมไม่เพียงพอที่จะชดเชยหนี้สิน ทั้งๆ ที่การกระทำที่ถือเป็น “ความผิดอันเป็นส่วนตัว” ล้วนแล้วแต่เป็นเรื่องค่อนข้างจะร้ายแรงแทบทั้งสิ้น เช่น การกระทำโดยเจตนาจะทำความเสียหายแก่เอกชน การกระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง หรือการกระทำนอกขอบเขตอำนาจหน้าที่ เป็นต้น ด้วยเหตุนี้ ทำให้ศาลปกครองฝรั่งเศสได้วางหลักไว้ว่า ในบางกรณีความเสียหายที่เอกชนได้รับอาจจะเกิดจากการกระทำที่เป็นทั้ง “ความผิดอันเป็นส่วนตัว” และ “ความผิดอันเกี่ยวเนื่องกับการปฏิบัติงานในหน้าที่” ประกอบกัน กล่าวคือ เป็นกรณีที่การปฏิบัติราชการหรือบริการสาธารณะเป็น “เหตุ” ที่ทำให้เกิดความเสียหายแก่เอกชน หรือทำให้เจ้าหน้าที่สามารถกระทำการอันเป็นความผิดได้ในความผิดที่มีลักษณะผสมผสานของทั้ง “ความผิดอันเป็นส่วนตัว” และ “ความผิดอันเกี่ยวเนื่องกับการปฏิบัติงานในหน้าที่” รัฐอาจหลุดพ้นจากความรับผิดชอบได้ต่อเมื่อการกระทำผิดของเจ้าหน้าที่มิได้เกี่ยวข้องกับ การปฏิบัติราชการแต่อย่างใด<sup>134</sup>

ก. ความรับผิดชอบร่วมกัน (*Le Cumul de Faute*) สภาแห่งรัฐได้ยอมรับว่า ในบางกรณีอาจเป็นไปได้ว่า ความเสียหายคราวหนึ่งอาจเกิดจากความผิดทั้งความผิดส่วนตัวของเจ้าหน้าที่และความผิดของหน่วยงานของรัฐด้วยก็ได้ ถ้าเจ้าหน้าที่ได้กระทำภายในขอบเขตของงานหน้าที่ของเขา กล่าวคือ ยอมรับว่า เป็นความผิดร่วมกัน เช่น ในคดี *Anguet*<sup>135</sup> เอกชนรายหนึ่งถูกพนักงานไปรษณีย์ทำร้าย (ความผิดส่วนตัวของเจ้าหน้าที่) ในขณะที่กำลังพยายามจะออกจากสำนักงานไปรษณีย์ที่ปิดก่อนเวลาโดยทางออกฉุกเฉินซึ่งมีสภาพที่ใช้การได้ไม่ดี (ความผิดของหน่วยงานของรัฐ) ในกรณีเช่นนี้ ผู้เสียหายมีทางเลือกระหว่างผู้รับผิดชอบสองราย คือ สามารถที่จะ

<sup>134</sup> รุ่งธรรม พุ่มเล็ก, *ความรับผิดทางแพ่งของฝ่ายปกครองในประเทศไทย: ศึกษาเฉพาะกรณีความรับผิดทางละเมิด*, วิทยานิพนธ์ปริญญาตรีศึกษาศาสตร์มหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์, 2542, หน้า 52 - 56

<sup>135</sup> สำนักงานศาลปกครอง, *หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส*, หน้า 339

เรียกร้อยค่าเสียหายทั้งหมดจากเจ้าหน้าที่โดยยื่นฟ้องเป็นคดีแพ่งจากฐานความผิดส่วนตัว หรือจากหน่วยงานของรัฐโดยยื่นฟ้องต่อศาลปกครองจากฐานความผิดของหน่วยงานของรัฐก็ได้

ข. *การร่วมรับผิดชอบ (Le Cumul des Responsabilités)* แนวความคิดเรื่องความผิดร่วมกันได้ขยายออกไปเป็นการร่วมรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่กับหน่วยงานของรัฐในคำพิพากษาลงวันที่ 26 กรกฎาคม ค.ศ.1918 ในคดี Lemonnier<sup>136</sup> มูลกรณีเกิดขึ้นในงานฉลองของท้องถิ่นซึ่งจัดขึ้นทุกปีโดยเทศบาลเล็กๆ ทางใต้ ในตอนบ่ายได้จัดให้มีการแข่งขันปีนยาว เป้าได้ถูกผูกติดกับแผ่นกระดานเล็กๆ ลอยน้ำอยู่ในนั้น แต่อีกฟากของแม่น้ำมีสวนสาธารณะสำหรับคนเดินเล่น โจทก์ซึ่งเป็นสามีและภริยากำลังเดินเลียบไปตามแม่น้ำเพื่อไปเที่ยวงานได้ถูกกระสุนซึ่งยิงในการแข่งขัน ช้อเท็จจริงในคดีพบว่า เมื่อหลายชั่วโมงก่อนหน้านี้มีหลายคน que เดินอยู่ในบริเวณนั้นก็เกือบจะถูกยิงและได้มีการแจ้งไปยังเทศบาลแล้ว แต่นายกเทศมนตรีมิได้สั่งให้หยุดยิงจนกระทั่งหลังจากที่โจทก์ทั้งสองได้รับบาดเจ็บ โจทก์ได้ฟ้องเทศบาลเป็นสองคดี โดยคดีหนึ่งในศาลแพ่งธรรมดา และอีกคดีหนึ่งในสภาแห่งรัฐ เมื่อคดีมาถึงสภาแห่งรัฐ ศาลอุทธรณ์ของ Toulouse ได้ตัดสินแล้วให้นายกเทศมนตรีรับผิดชอบในค่าเสียหายสำหรับความผิดส่วนตัวในการอนุญาตให้การยิงปืนดำเนินต่อไป แต่กระนั้นก็ตามสภาแห่งรัฐตัดสินว่า สภาแห่งรัฐมีอำนาจพิจารณาคดีได้ ในคดีนี้เมื่อนายกเทศมนตรีได้กระทำด้วยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงในการไม่สั่งให้หยุดการยิงปืนแต่ในขณะเดียวกันก็เป็นความผิดของหน่วยงานของรัฐ ดังคำแถลงการณ์ของตุลาการผู้แถลงคดี Blum ได้สรุปว่าในกรณีความผิดส่วนตัวนั้นเกิดขึ้นได้ เพราะต้องอาศัยเครื่องมือเครื่องมือของหน่วยงานของรัฐหรืออาศัยอำนาจที่ผู้กระทำถืออยู่ในฐานะเป็นผู้ปฏิบัติหน้าที่ “ความผิดนั้นอาจจะแยกออกจากหน่วยงานของรัฐได้แต่หน่วยงานของรัฐหาพ้นจากความผิดไม่ได้” ในกรณีนี้ไม่ว่าจะมีความผิดของหน่วยงานของรัฐหรือไม่ ผู้เสียหายอาจฟ้องได้ทั้งเจ้าหน้าที่หรือหน่วยงานของรัฐจากการยอมรับของสภาแห่งรัฐตามข้อสรุปของ Blum เป็นพื้นฐานสำคัญของกฎหมายฝรั่งเศสในเรื่องความรับผิดชอบของหน่วยงานของรัฐซึ่งหมายถึงการปฏิเสธหลักเกณฑ์ที่ว่าถ้าเป็นกรณีความผิดส่วนตัวของเจ้าหน้าที่จะเป็นข้อยกเว้นของความรับผิดชอบของหน่วยงานของรัฐ แต่เป็นที่ยอมรับ “การร่วมรับผิดชอบ” ประกอบด้วย ความผิดส่วนตัวและความผิดของหน่วยงานของรัฐเป็นคดีเดียวกันได้

ค. *ผลของความผิดร่วมกันและการร่วมรับผิดชอบ* จากผลของวิวัฒนาการในเรื่องการร่วมรับผิดชอบ ในปัจจุบันความรับผิดชอบร่วมกันที่ยอมรับ เมื่อปรากฏว่าไม่อาจแยกความผิดส่วนตัวออกจากความสัมพันธ์กับหน้าที่ได้ การที่หน่วยงานของรัฐต้องรับผิดชอบก็เพราะว่าเป็นผู้ที่จัดหาเครื่องมือเครื่องมือ หรือเปิดโอกาสในการกระทำผิดให้แก่เจ้าหน้าที่ ดังนั้น อาจถือได้ว่า

<sup>136</sup> รุ่งธรรม พุ่มเล็ก, *ความรับผิดทางแพ่งของฝ่ายปกครองในประเทศไทย: ศึกษาเฉพาะกรณีความรับผิดทางละเมิด*, หน้า 53 - 54

ความผิดส่วนตัวของเจ้าหน้าที่เป็นบ่อเกิดอีกอย่างหนึ่งของความรับผิดชอบของฝ่ายปกครอง เว้นแต่กรณีที่มีความผิดนั้นไม่เกี่ยวข้องกับหน่วยงานของรัฐแต่อย่างใด สำหรับผู้เสียหายมีสิทธิที่จะเลือกฟ้องตัวเจ้าหน้าที่ซึ่งศาลยุติธรรม หรือฟ้องหน่วยงานของรัฐต่อศาลปกครองได้ และสามารถเรียกค่าเสียหายจากฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดได้เต็มจำนวนในแต่ละศาล ซึ่งในทางปฏิบัติผู้เสียหายส่วนใหญ่มักจะเลือกฟ้องให้หน่วยงานของรัฐเป็นผู้รับผิดชอบเพราะมีความมั่นคงแน่นอนในทางการเงินมากกว่าเจ้าหน้าที่ แต่ความรับผิดชอบร่วมกันนี้มีได้หมายความว่า ผู้เสียหายจะได้รับค่าเสียหายสองครั้ง ถ้าผู้เสียหายได้รับการชดเชยค่าสินไหมทดแทนจากหน่วยงานของรัฐแล้ว และในขณะเดียวกันผู้เสียหายก็ฟ้องเจ้าหน้าที่ซึ่งศาลยุติธรรม เรียกค่าเสียหายจากเจ้าหน้าที่ด้วย กรณีเช่นนี้ หน่วยงานของรัฐก็จะได้รับช่วงสิทธิของผู้เสียหายไปเรียกเรื่อง (ไล่เบียด) เอกจากตัวเจ้าหน้าที่ต่อไปได้ ซึ่งอาจเป็นการเรียกให้ชดเชยตามส่วนหรือทั้งหมด ซึ่งถือเป็นคนละคดีที่อยู่ในอำนาจศาลปกครอง ในทางตรงกันข้ามหากตัวเจ้าหน้าที่ถูกศาลยุติธรรมพิพากษาให้ใช้ค่าเสียหายเต็ม เจ้าหน้าที่ผู้นั้นอาจร้องขอต่อศาลปกครองให้หน่วยงานของรัฐเฉลี่ยค่าเสียหายไปตามส่วนแห่งความผิดได้

### 11.1.3 หน่วยงานของรัฐผู้มีหน้าที่พิจารณาทางปกครอง

ตามระบบกฎหมายของสาธารณรัฐฝรั่งเศส โดยทั่วไปนิติกรรมทางปกครองไม่อาจที่จะกระทำโดยเจ้าหน้าที่คนใดๆ ก็ได้ นิติกรรมทางปกครองจะต้องกระทำโดยเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจตามกฎหมายเท่านั้น ความสามารถตามกฎหมายที่จะกระทำนิติกรรมทางปกครองเช่นนี้เรียกว่าเป็น “อำนาจ” โดยการกำหนดอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองส่วนหนึ่งจะถูกกำหนดโดยรัฐธรรมนูญ และอีกส่วนหนึ่งโดยรัฐบัญญัติ และกฎข้อบังคับต่างๆ อย่างไรก็ดี แนวคำพิพากษาของศาลก็มีส่วนในการกำหนดคกฏเกณฑ์ของอำนาจของเจ้าหน้าที่โดยอาศัยพื้นฐานหลักกฎหมายมหาชนทั่วไป ซึ่งมีกฎเกณฑ์ที่สำคัญประการหนึ่งที่ศาลยอมรับเป็นหลักกฎหมายมหาชนทั่วไปคือ กฎเกณฑ์เรื่องกรขนานกันของอำนาจ กล่าวคือ เมื่อปรากฏว่ากฎหมายได้กำหนดตัวเจ้าหน้าที่ ผู้มีอำนาจในการทำนิติกรรมไว้ แต่มิได้กำหนดอำนาจในการเปลี่ยนแปลงแก้ไขหรือยกเลิก นิติกรรมนั้น ดังนี้ ให้เป็นอำนาจของเจ้าหน้าที่คนเดียวกันนั้นที่จะเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกนิติกรรมดังกล่าว<sup>137</sup> การกำหนดคกฏเกณฑ์ต่างๆ ของอำนาจเป็นการบังคับให้ฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติตามโดยเคร่งครัด ความเคร่งครัดนี้อาจจะแสดงออกให้เห็นได้สามประการ คือ ประการที่หนึ่ง การกระทำผิดต่อคกฏเกณฑ์ของอำนาจถือเป็นการกระทำที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย ซึ่งคู่กรณีสามารถยกขึ้นอ้างได้หรือศาลจะยกขึ้นเองก็ได้ ประการที่สอง การตีความและการบังคับใช้

<sup>137</sup> อรรถพล ลีกระจ่าง, ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ของรัฐชดเชยค่าสินไหมทดแทนตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539, วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์, 2558, หน้า 72



กฎเกณฑ์ที่เกี่ยวกับอำนาจจะต้องกระทำอย่างเคร่งครัด เช่น คำสั่งที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจ แต่ปรากฏว่าเป็นการลอกเลียนคำสั่งอื่นเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งได้กระทำไปโดยไม่มีอำนาจ ดังนี้ คำสั่งดังกล่าวถือว่าเป็นการกระทำโดยมิชอบ และประการที่สาม เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจจะให้สัตยาบันแก่คำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอันเนื่องมาจากเจ้าหน้าที่ผู้ออกไม่มีอำนาจออกคำสั่งนั้นไม่ได้<sup>138</sup>

องค์ประกอบในการกำหนดอำนาจของเจ้าหน้าที่ องค์ประกอบที่จะกำหนดว่าเจ้าหน้าที่ผู้ใดมี อำนาจออกคำสั่งนั้นๆ หรือไม่ มีดังนี้<sup>139</sup>

1) องค์ประกอบอำนาจเป็น “*ratione materiae*” คือ กฎเกณฑ์ของอำนาจ ซึ่งกำหนดกรณีต่างๆ ที่จะอยู่ในขอบเขตของเจ้าหน้าที่แต่ละคน กฎเกณฑ์ดังกล่าวเกี่ยวกับลำดับชั้นของการบังคับบัญชา กล่าวคือ ในการกำหนดให้อำนาจอย่างใดอย่างหนึ่งแก่เจ้าหน้าที่คนใดคนหนึ่ง นั้น โดยปกติจะกำหนดในลักษณะของการระบุตัวบุคคลตามลำดับชั้นของการบังคับบัญชาจากระดับเหนือลงมาสู่ระดับล่าง การจัดลำดับของอำนาจเช่นนี้มีความสำคัญสองประการ คือ แสดงให้เห็นว่าผู้ได้บังคับบัญชาไม่อาจที่จะก้าวก่ายอำนาจของผู้บังคับบัญชาได้และในขณะเดียวกัน ผู้บังคับบัญชาก็ไม่อาจที่จะก้าวก่ายอำนาจของผู้ได้บังคับบัญชาได้เช่นกัน เว้นแต่กรณีที่มีกฎหมายกำหนดไว้

2) องค์ประกอบของอำนาจที่เป็น “*ratione loci*” คือ อำนาจของเจ้าหน้าที่ ในส่วนกลางจะแพร่ขยายไปทั่วทั้งอาณาเขตประเทศ ตรงกันข้ามกับเจ้าหน้าที่ของภาคของส่วนภูมิภาค และ ของส่วนท้องถิ่นที่มีขอบเขตอำนาจจำกัดอยู่แต่เฉพาะในเขตการปกครองของตนเท่านั้น

3) องค์ประกอบที่เป็น “*ratione temporis*” คือ อำนาจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาจจะถูกจำกัดในเรื่องเวลาได้ใน 2 กรณี ดังนี้

กรณีที่หนึ่ง เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจของตนได้ก็ต่อเมื่อได้รับการ แต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งนั้นๆ แล้ว ทั้งนี้ โดยเริ่มตั้งแต่วันที่มีการลงนามในคำสั่งแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งเป็นต้นไป แม้คำสั่งดังกล่าวจะยังไม่ได้มีการประกาศให้ทราบเป็นการทั่วกันก็ตาม<sup>140</sup>

<sup>138</sup> “เรื่องเดียวกัน”, หน้า 72

<sup>139</sup> บุญอนันต์ วรรณพาณิชย์, *หลักความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมไทย*, กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2533, หน้า 102

<sup>140</sup> อรรถพล ลีกระจ่าง, *ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ของรัฐคดีใช้คำสั่งใหม่ทดแทนตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่* พ.ศ. 2539, หน้า 73

กรณีที่สอง ในทางตรงกันข้ามอำนาจของเจ้าหน้าที่จะสิ้นสุดลงเมื่อเจ้าหน้าที่ผู้นั้นพ้นจากตำแหน่งดังกล่าวแล้ว อย่างไรก็ตามเพื่อความต่อเนื่องในการบริการสาธารณะกฎหมายให้เจ้าหน้าที่คนดังกล่าวยังคงดำเนินการบางประการต่อไปได้จนกว่าจะมีผู้มารับตำแหน่ง ระบบการรักษาการชั่วคราวนี้ บางครั้งถูกกำหนดโดยรัฐบัญญัติ เช่น มาตรา 63 ของประมวลกฎหมายว่าด้วยการปกครองท้องถิ่น ซึ่งบัญญัติว่าให้นายกเทศมนตรีและผู้ช่วยนายกเทศมนตรีปฏิบัติหน้าที่ต่อไปจนกว่าผู้ได้รับเลือกตั้งใหม่จะเข้ารับตำแหน่งแทน เป็นต้น แต่ถ้ามิได้มีกฎหมายใดบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งก็ให้ถือว่ายังคงมีอำนาจอยู่ต่อไปโดยอาศัยหลักกฎหมายมหาชนทั่วไป เช่น กรณีรัฐมนตรีลาออกจากตำแหน่งแล้ว แต่ก็ยังสามารถปฏิบัติหน้าที่ที่เป็นงานประจำต่อไปได้จนกว่า จะมีผู้เข้ารับตำแหน่งแทน ซึ่งศาลปกครองเห็นว่าศาลมีอำนาจพิจารณาว่าอะไรที่เรียกว่าเป็นงานประจำ และงานดังกล่าวมีขอบเขตและเนื้อหาเพียงไร และศาลมีอำนาจยกเลิกมาตรการต่างๆ ของรัฐบาลรักษาการที่กระทำไปนอกเหนือไปจากงานประจำได้<sup>141</sup>

#### 11.1.4 การให้คำปรึกษาหารือ และการให้ความเห็นชอบ

ในการพิจารณาทางปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศส ได้ให้ความสำคัญแก่กระบวนการ ในการดำเนินการทางปกครองที่มีใช้กระบวนการพิจารณาคดีปกครอง หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือการให้ความสำคัญแก่ระเบียบแบบแผนทางราชการ ขั้นตอน หรือวิธีการที่กำหนดขึ้น หรือระเบียบ แบบแผนทางราชการนี้ต้องแยกออกจากกระบวนการทางศาล เพราะกระบวนการพิจารณาทางศาลเป็นวิธีพิจารณาในลักษณะข้อพิพาท ในขณะที่ระเบียบแบบแผนทางราชการเป็นกระบวนการหรือขั้นตอนในการดำเนินการทางปกครอง อันได้แก่ การออกคำสั่งต่างๆ และการดำเนินการทางปกครองนี้ย่อมก่อให้เกิดขั้นตอน หรือวิธีการซึ่งจะถูกกำหนดขึ้น โดยรัฐบัญญัติ กฎระเบียบของ ฝ่ายปกครอง หรือแม้กระทั่งหนังสือเวียน โดยระเบียบแบบแผนทางราชการหรือขั้นตอนวิธีการในการออกคำสั่งทางปกครองที่สำคัญประการหนึ่งก็คือ ขั้นตอนหรือวิธีการเกี่ยวกับการปรึกษาหารือ ในปัจจุบันคำสั่งทางปกครองมักต้องผ่านขั้นตอนในการปรึกษาหารือต่างๆ ซึ่งถ้าไม่ผ่านให้ถูกต้องก็อาจทำให้กระบวนการนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ การปรึกษาหารือไม่ใช่เป็นการสั่งการ ตัวคำสั่งนั้นยังคงเป็นการสั่งการคือเป็นการกระทำทางปกครอง ระบบการปรึกษาหารือหรือก่อนมีคำสั่งเป็นสิ่งที่พัฒนาไปพร้อมกับระบบสังคมที่ยุ่งยากซับซ้อนขึ้น ทั้งนี้เพื่อให้คำสั่งนั้นๆ ออกไปโดยรอบคอบที่สุด โดยศาลปกครองจะตรวจสอบเสมอว่าการกระทำทางปกครองต่างๆ ได้ผ่านขั้นตอนหรือมาอย่างถูกต้องหรือไม่ ถ้าดำเนินการไม่ถูกต้องก็จะเพิกถอนการกระทำนั้น เช่น การเพิกถอนระเบียบการบริหารราชการแผ่นดินที่ออกโดยไม่ผ่านการหารือที่ประชุมใหญ่ของ

<sup>141</sup> “เรื่องเดียวกัน”, หน้า 73

Conceil d'Etat ทั้งนี้ เพราะผ่านเพียงแต่การหารือแผนกหนึ่งของ Conceil d'Etat เท่านั้น องค์การปรึกษาหารือ อาจแยกลักษณะขององค์การในการให้คำปรึกษาหารือได้เป็น 4 ลักษณะ คือ<sup>142</sup>

1) องค์การที่ให้คำปรึกษาหารือเบื้องต้นแก่ผู้มีอำนาจทำคำสั่งทางปกครอง กล่าวคือ ผู้มีอำนาจออกคำสั่งทางปกครองต้องหารือองค์การดังกล่าวก่อนการสั่งการ ซึ่งผู้ออกคำสั่งอาจเป็นบุคคลเดียวหรือเป็นองค์คณะทางบริหารก็ได้ เช่น สภามหาวิทยาลัย สถานเทศบาล และสภาหอการค้า

2) ก่อนรัฐธรรมนูญ ค.ศ.1958 แนวทางปฏิบัติทางสภาได้กำหนดให้การกระทำของรัฐบาลบางเรื่องต้องผ่านการหารือคณะกรรมการหรือผู้เสนอรายงานของคณะกรรมการของรัฐสภาเสียก่อน กฎฎีกาที่ออกภายใต้เงื่อนไขนี้ถือว่าเป็นการกระทำทางปกครอง ดังนั้น ถ้าไม่ผ่านการหารือย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย

3) ในบางกรณีองค์การที่ให้คำหารืออาจเป็นองค์กรเอกชนก็ได้ เช่น สหภาพศาลปกครองจะไม่มีอำนาจเข้าไปพิจารณาถึงความชอบด้วยกฎหมายของคำหารือจะพิจารณาเพียงว่าได้มีการปฏิบัติตามขั้นตอน คือ มีการหารือหรือไม่

4) องค์การให้คำปรึกษาหารืออาจเป็นองค์กรทางปกครองที่เป็นองค์คณะ และมีหน้าที่เพียงแต่ให้คำปรึกษาหารือเท่านั้นก็ได้

การจัดตั้งองค์กรและการแต่งตั้งสมาชิกขององค์กร องค์การให้คำปรึกษาหารืออาจจัดตั้งขึ้น โดยรัฐบัญญัติ หรือ โดยการมอบอำนาจของรัฐบัญญัติก็ได้ จัดเป็นองค์กรปรึกษาหารือที่สำคัญที่สุดองค์กรหนึ่งในระบบบริหารของฝรั่งเศส อย่างไรก็ตามศาลปกครองก็ยอมรับว่ารัฐบาลหรือฝ่ายบริหารมีอำนาจตั้งองค์กรดังกล่าวได้ Romieu ได้ให้เหตุผลว่าเป็นการยากที่จะหาหลักมาอธิบายว่ารัฐบาลไม่มีอำนาจจัดตั้งองค์กรทางบริหารที่เป็นองค์กรในลักษณะปรึกษาหารือ ในเมื่อบทบาทขององค์กรดังกล่าวอาจจะถือตามหรือไม่ก็ได้ และมีลักษณะฉันทมิตร และตราบใดที่ไม่มีความหมายมาจำกัดอำนาจเช่นนั้นของรัฐบาล รัฐบาลย่อมสามารถออกกฎฎีกาจัดตั้งได้ ถ้าการนั้นไม่ได้ก่อให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลใด หรือไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่สิทธิและผลประโยชน์ใดๆ ศาลปกครอง ยอมรับด้วยว่ารัฐมนตรีก็มีอำนาจจัดตั้งองค์กรที่ปรึกษาได้ แต่ศาลก็ได้วางหลักในการจัดตั้งองค์กรที่ปรึกษาหารือของฝ่ายบริหารไว้ว่า

1) การจัดตั้งองค์กรดังกล่าวต้องสอดคล้องกับบทบัญญัติของกฎหมายนั้น คือ จะไปตั้งให้มีสถานะหรือบทบาทหน้าที่ขัดหรือแย้งกับกฎหมายที่เกี่ยวข้องไม่ได้

<sup>142</sup> ประสาท พงษ์สุวรรณ, “เหตุที่ใช้อ้างในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง”, วารสารนิติศาสตร์ (มิถุนายน 2545), หน้า 268

2) ถ้าฝ่ายบริหารจัดตั้งองค์กรที่ปรึกษาหารือในเรื่องที่ตนไม่มีอำนาจ ศาลจะไม่ชี้ว่าองค์กรดังกล่าวเป็นองค์กรที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายแต่จะถือเป็นองค์กรที่ไม่มีตัวตน โดยชอบด้วยกฎหมาย

### 3) การจัดตั้งองค์กรปรึกษาหารือต้องมีการประกาศ

สำหรับผู้เป็นสมาชิกในองค์กรปรึกษาหารือนั้นอาจมาได้จากทั้งการเลือกตั้ง และการแต่งตั้ง ถ้าเป็นการเลือกตั้ง การโต้แย้งว่าการเลือกตั้งไม่ชอบจะเป็นคดีปกครองเกี่ยวกับการเลือกตั้ง ซึ่งต้องมีนายความเสมอ แต่ถ้าเป็นการแต่งตั้งจะเป็นคดีฟ้องขอให้เพิกถอนการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งศาลจะแยกลักษณะของคณะกรรมการออกเป็น 2 ประเภท คือ คณะกรรมการที่ได้รับการแต่งตั้งถาวร กับคณะกรรมการเฉพาะกิจ (ad hoc) กรณีคณะกรรมการถาวรระยะเวลา ที่จะคัดค้านว่าการแต่งตั้งไม่ชอบคงถือตามอายุความฟ้องคดีของให้เพิกถอน คือ ภายใน 2 เดือน ถ้าไม่คัดค้านภายในอายุความจะมาคัดค้านตอนฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ออกภายหลังการหารือคณะกรรมการไม่ได้ ส่วนกรณีคณะกรรมการเฉพาะกิจนั้นศาลถือว่าสามารถคัดค้าน การแต่งตั้งได้เมื่อมีการฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งที่ออกมาภายหลังการหารือ การแต่งตั้งสมาชิกในคณะกรรมการปรึกษาหารือถาวร โดยไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นมิผลทำให้การหารือไม่ชอบด้วยกฎหมายไปด้วย ถ้าการคัดค้านการแต่งตั้งกระทำภายในอายุความตั้งได้กล่าวมาแล้ว การคัดค้านสมาชิกในคณะกรรมการในระยะหลังนี้ ค่อนข้างเคร่งครัดกับการมีอคติหรือการมีส่วนได้เสียของสมาชิกคณะกรรมการและพยายามนำหลักการคัดค้านผู้พิพากษาซึ่งเป็นกระบวนการพิจารณาทางศาลมาใช้แก่ระบบคณะกรรมการทางฝ่ายบริหาร กฎ ระเบียบเกี่ยวกับการพิจารณาของคณะกรรมการอาจวางหลักในเรื่องการคัดค้านสมาชิกคณะกรรมการในกรณีต้องพิจารณาเรื่องเฉพาะบุคคลได้ แต่สิทธิในการคัดค้านนั้นต้องกำหนดไว้โดยชัดแจ้ง โดยกฎหมายหรือกฎระเบียบต่างๆ และการใช้สิทธิคัดค้านต้องกระทำก่อนที่คณะกรรมการจะให้ความเห็น อย่างไรก็ตามแม้จะไม่มีกฎหมายหรือระเบียบใดอนุญาตให้มีการคัดค้านสมาชิกคณะกรรมการผู้มีส่วนได้เสียในเรื่องที่จะพิจารณา แต่ศาลก็วางหลักว่าสมาชิกคณะกรรมการต้องได้รับหลักประกันในความเป็นอิสระและปราศจากส่วนได้เสียในเรื่องที่ต้องพิจารณา ซึ่ง Conseil d'Etat ถือว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่จะใช้บังคับ แก่ทุกกรณี เว้นแต่กฎหมายจะกำหนดเป็นประการอื่น เช่น คณะกรรมการวินัยมีสมาชิกคนหนึ่งที่กำลังถูกลงโทษทางวินัยอยู่ไม่ได้ คณะกรรมการสอบจะมีสมาชิกคนหนึ่งซึ่งได้แสดงออกอย่างสาธารณะว่าเป็นปฏิปักษ์ต่อผู้สมัครสอบบางคนไม่ได้<sup>143</sup>

<sup>143</sup> อรรถพล ลีกระจ่าง, ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ของรัฐคดีใช้คำสั่งใหม่ทดแทนตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539, หน้า 76

นิติกรรมทางปกครองที่ต้องหาหรือหรือได้รับความเห็นชอบจากองค์กรที่เป็นรูปคณะกรรมการก่อนขั้นตอนการหาหรือนี้ถือเป็นสาระสำคัญหากไม่ได้ปฏิบัติตามการกระทำนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย การกำหนดให้การทำนิติกรรมทางปกครองบางเรื่องต้องผ่านการหาหรือหรือผ่านความเห็นชอบขององค์กรที่เป็นรูปคณะกรรมการ เช่น Conseil d'Etat สภาท้องถิ่น ฯลฯ ก่อนเช่นนี้ก็เพื่อให้การตัดสินใจสั่งการเป็นไปโดยรอบคอบ มีข้อมูลต่างๆ ที่สมบูรณ์อันจะทำให้เกิดการ บริหารที่ดี ซึ่งอาจจำแนกการหาหรือหรือให้ความเห็นชอบออกได้ ดังนี้

1) *กรณีต้องถือตามความเห็นขององค์กรที่หาหรือไป (avis conforme)* กล่าวคือ เมื่อองค์กรที่ให้ความเห็นมีความเห็นอย่างไร เจ้าหน้าที่ผู้สั่งการต้องสั่งการไปตามนั้น จะตัดสินใจเป็นอย่างอื่นไม่ได้ การไม่ปฏิบัติตามย่อมทำให้การสั่งการหรือการกระทำนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย และในกรณีเช่นนี้ถือเป็นปัญหาเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย ศาลสามารถยกขึ้นพิจารณาเองได้

2) *การต้องหาหรือ แต่ไม่ต้องถือตามความเห็นที่ให้ (avis simple)* กรณีนี้กฎหมายบังคับว่าต้องหาหรือ แต่เมื่อได้รับความเห็นมาแล้วจะปฏิบัติตามความเห็นดังกล่าวหรือไม่ก็ได้ ดังนั้น ถ้าสั่งการไปโดยไม่หาหรือเสียก่อน การกระทำนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย

3) *กฎหมายไม่ได้บังคับให้หาหรือ (avis facultative)* กรณีนี้ฝ่ายปกครองจะหาหรือหรือไม่ก็ได้ และหาหรือไปแล้วจะถือตามหรือไม่ก็ได้เช่นกัน อย่างไรก็ตามถ้าฝ่ายปกครองหาหรือไปและสั่งการไปตามความเห็นที่ได้รับ โดยถือว่าตนต้องผูกพันตามความเห็นนั้น การกระทำทางปกครองที่กระทำไปบนเหตุผลดังกล่าวย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ส่วนลักษณะของคำสั่งที่ออกภายหลังการปรึกษาหาหรือที่สำคัญ มีดังนี้

1) *คำปรึกษาหาหรือที่มีลักษณะบังคับ (avis contraignant)* เป็นกรณีที่คำสั่งทางปกครองจะออกได้ก็โดยการเสนอขององค์กรปรึกษาหาหรือให้ผู้มีอำนาจออกคำสั่งนั้นๆ การริเริ่มจึงอยู่ที่องค์กรปรึกษาหาหรือ ผู้มีอำนาจออกคำสั่งจะต้องผูกพันตามคำหาหรือก็ต่อเมื่อตนเห็นสมควร ว่าต้องออกคำสั่ง ถ้าตนไม่เห็นด้วยก็ไม่ออกคำสั่งเลยหรือขอให้เสนอมาใหม่ และถ้าเห็นด้วยแต่ ไม่ออกคำสั่งตามคำปรึกษาหาหรือ คำสั่งนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย<sup>144</sup>

2) *คำปรึกษาหาหรือต้องถือตาม (avis conforme)* มีลักษณะคล้ายคำปรึกษาหาหรือ ที่มีลักษณะบังคับมาก จะต่างกันก็ตรงที่การริเริ่มก่อนมีคำสั่งในกรณีนี้จะมาจากฝ่ายปกครอง คือ ผู้มีอำนาจสั่งการไม่ใช่มาจากคณะกรรมการปรึกษาหาหรือ เมื่อฝ่ายปกครองริเริ่มแล้วจะต้องเสนอเรื่องนั้นไปให้คณะกรรมการปรึกษาหาหรือให้ความเห็น ซึ่งเมื่อคณะกรรมการ

<sup>144</sup> “เรื่องเดียวกัน” , หน้า 77

ปรึกษาหารือให้ความเห็นอย่างไรแล้ว คำสั่งที่ออกมาต้องเป็นไปตามนั้น ถ้าแตกต่างออกไปคำสั่งนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย ถ้าไม่เห็นด้วยกับความเห็นของคณะกรรมการปรึกษาหารือก็ไม่ต้องออกคำสั่งนั้น

กรณีผลของการไม่ปรึกษาหารือ โดยปกติการที่กฎหมายหรือกฎระเบียบของ ฝ่ายปกครองกำหนดให้มีการหารือ การหารือนั้นจะเป็นเงื่อนไขสำคัญที่ทำให้การกระทำทางปกครองนั้นสมบูรณ์ และศาลถือว่าเป็นรูปแบบที่เป็นสาระสำคัญ Conseil d'Etat ได้เพิกถอนระเบียบการบริหารราชการแผ่นดินที่ออกโดยไม่ผ่านการหารือที่ประชุมใหญ่ของ Conseil d'Etat และ Conseil d'Etat ถือเป็นเรื่องเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยที่ศาลยกขึ้นเองได้ ทั้งนี้ ยกเว้นในกรณีที่การปรึกษาหารือไม่อาจกระทำได้ที่สถานการณ์บางอย่าง เช่น ภาวะสงคราม เป็นต้น ผู้ที่สามารถยกความไม่สมบูรณ์ของการไม่ปรึกษาหารือขึ้นให้ศาลพิจารณา ได้แก่ บุคคลทุกคนที่เกี่ยวข้องกับคำสั่งทางปกครองที่ต้องผ่านการปรึกษาหารือนั้น

## 11.2 หลักกฎหมายเกี่ยวกับการพิจารณาทางปกครองของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

### 11.2.1 วิวัฒนาการของแนวความคิดเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่

แต่เดิมเจ้าหน้าที่ต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัวสำหรับการกระทำละเมิดในระหว่างปฏิบัติหน้าที่เช่นเดียวกับประเทศที่ใช้ระบบ Common Law ซึ่งต้นกำเนิดของหลักนี้พบได้ใน The Prussian Code of Common Law of 1794 ใน Section 89 ของ Title 11 Chapter 10 ได้วางหลักให้เจ้าหน้าที่ทุกคนต้องรับผิดชอบเป็นการกระทำผิดต่อหน้าที่โดยจงใจหรือประมาทโดยไม่คำนึงว่าการกระทำผิดต่อหน้าที่นั้นจะถือเป็นการละเมิดหรือไม่ อย่างไรก็ตาม เพื่อเป็นการป้องกันเจ้าหน้าที่จากการถูกฟ้องคดีเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่บ่อยเกินไป ตามกฎหมายการฟ้องเจ้าหน้าที่ต้องขึ้นอยู่กับความเห็นชอบของหน่วยงานของรัฐที่เจ้าหน้าที่ผู้นั้นสังกัด ซึ่งต่างกับมาตรา 75 ของรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสปี 1800 ที่การฟ้องเจ้าหน้าที่ขึ้นอยู่กับความเห็นชอบของสภาแห่งรัฐ<sup>145</sup>

<sup>145</sup> สุจิน ชื้อสุวรรณ, ความรับผิดชอบทางละเมิดของข้าราชการ, หน้า 100

### 11.2.2 เจื่อนใจความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่และหน่วยงานของรัฐ

1) ความรับผิดชอบส่วนตัวของเจ้าหน้าที่ หลักความรับผิดชอบเป็นส่วนตัวของเจ้าหน้าที่ในการปฏิบัติหน้าที่ได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมนี ค.ศ.1896 (Bürgerliches Gesetzbuchh เรียกโดยย่อว่า BGB) มาตรา 839 ซึ่งวางหลักไว้ว่า<sup>146</sup>

“เจ้าหน้าที่ต้องชดใช้ค่าเสียหายซึ่งเกิดจากการกระทำของตนโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อในกรณีที่ผู้เสียหายไม่อาจเรียกร้องค่าเสียหายได้ด้วยวิธีอื่น

คำวินิจฉัยของศาลที่ตัดสินว่าเจ้าหน้าที่ได้ทำละเมิดนั้น ต้องเป็นการตัดสินกรณีความเสียหายที่เกิดขึ้นและเป็นความผิดทางอาญา การปฏิบัติผิดไปจากหน้าที่หรือการละเลยไม่ปฏิบัติหน้าที่นั้น ไม่อยู่ภายใต้บทบัญญัตินี้

เจ้าหน้าที่ไม่จำเป็นต้องชดใช้ค่าเสียหายดังกล่าว หากผู้เสียหายซึ่งถูกกระทำละเมิด โดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อมิได้ใช้สิทธิเรียกร้องค่าเสียหายนั้น”

จากบทบัญญัติดังกล่าว เจ้าหน้าที่จะต้องรับผิดชอบชดใช้ค่าสินไหมทดแทนต่อเมื่อได้กระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง และผู้เสียหายได้ใช้สิทธิเรียกร้องค่าเสียหายจากหน่วยงานของรัฐแล้ว แต่ถ้าผู้เสียหายไม่ใช้สิทธิเรียกร้องเอาจากหน่วยงานของรัฐ สิทธิที่จะ มาเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจากเจ้าหน้าที่ก็เป็นอันระงับไป ถ้าการกระทำละเมิดโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อธรรมดา หน่วยงานของรัฐต้องรับผิดชอบต่อผู้เสียหายและไม่อาจไล่เบี้ยเอาจากเจ้าหน้าที่ได้ ในขณะที่มาตรา 839 BGB ใช้บังคับอยู่ก็เริ่มมีการยอมรับความเห็นของศาลเพิ่มขึ้นเรื่อยๆ ว่า รัฐควรจะต้องรับผิดชอบสำหรับความผิดของเจ้าหน้าที่ซึ่งเกิดขึ้นในระหว่างปฏิบัติหน้าที่ บางมลรัฐได้ออกกฎหมายให้มลรัฐรับผิดชอบการกระทำผิดของเจ้าหน้าที่<sup>147</sup> ต่อมาในปี ค.ศ.1919 ได้มีการนำหลักเกณฑ์นี้บัญญัติไว้ในมาตรา 131 แห่งรัฐธรรมนูญไวมาร์ค ปี ค.ศ.1919 โดยรัฐและองค์กรของรัฐจะเป็นผู้รับผิดชอบในผลละเมิดที่เกิดต่อเอกชนโดยตรงเป็นเบื้องต้น<sup>148</sup> ทั้งได้ขยายความรับผิดชอบให้รวมถึงการกระทำผิดทุกชนิดของเจ้าหน้าที่ราชการ หลักนี้ได้มีการสืบทอดต่อมาโดยรัฐธรรมนูญเยอรมนี ค.ศ.1949 (Das Grundgesetz เรียกโดยย่อว่า GG) มาตรา 34 ซึ่งกำหนด

<sup>146</sup> สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, การเรียกค่าเสียหายในคดีปกครอง: ศึกษากรณีตามมาตรา 16 และมาตรา 17 แห่งพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ.2548, กรุงเทพมหานคร: สำนักวิชาการ, 2549, หน้า 97

<sup>147</sup> สุจิน ธีสุวรรณ, ความรับผิดชอบทางละเมิดของข้าราชการ, หน้า 101

<sup>148</sup> ชาญชัย แสงวงศ์, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่, กรุงเทพฯ: เดือนตุลา, 2546, หน้า 17

หลักเช่นเดียวกัน โดยรัฐจะต้องรับผิดชอบการละเมิดทุกอย่างที่กระทำโดยผู้ซึ่งใช้อำนาจของรัฐ<sup>149</sup> เป็นการขยายความรับผิดชอบของรัฐไม่เฉพาะแต่เจ้าหน้าที่เท่านั้น แต่ยังรวมไปถึงบุคคลใดก็ตามที่กระทำการภายใต้อำนาจรัฐ<sup>150</sup> โดยบัญญัติไว้ดังนี้

“หากบุคคลใดซึ่งใช้อำนาจของทางราชการอันอยู่ในขอบเขตของตน โดยละเมิด ต่อบุคคลอื่น รัฐหรือองค์กรที่บุคคลนั้นอยู่ในสังกัดจะต้องเป็นผู้รับผิดชอบเมื่อการละเมิดนั้นได้ทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงแล้ว รัฐย่อมสามารถเรียกร้องจากบุคคลนั้นได้ซึ่งการทดแทนความเสียหาย สิทธิในการเรียกร้องดังกล่าวให้ใช้สิทธิต่อศาลยุติธรรมได้”<sup>151</sup>

ดังนั้น รัฐหรือองค์กรของรัฐจะต้องรับผิดชอบในผลแห่งการละเมิดต่อเอกชนในเบื้องต้นจากการที่ผู้กระทำได้อาศัยอำนาจของรัฐในการกระทำละเมิดดังกล่าว โดยจะฟ้องไล่เบียดเอาจากเจ้าหน้าที่ผู้กระทำละเมิดได้ในภายหลัง แต่เจ้าหน้าที่จะถูกฟ้องไล่เบียดเฉพาะเมื่อตนกระทำการละเมิดโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงเท่านั้น ส่วนกรณีละเมิดโดยประมาทเลินเล่อเพียงเล็กน้อยจะไม่มีกรฟ้องไล่เบียดจากเจ้าหน้าที่ ดังนั้น ในระบบเยอรมนีเจ้าหน้าที่ผู้ทำละเมิดจะไม่ถูกฟ้องโดยตรงในศาลแต่อย่างใด<sup>152</sup> อย่างไรก็ตาม รัฐไม่ต้องรับผิดชอบสำหรับความเสียหายใดๆ ขณะที่เจ้าหน้าที่มิได้กำลังปฏิบัติหน้าที่บริการสาธารณะตามที่ได้รับมอบหมาย กล่าวคือ เจ้าหน้าที่ของรัฐต้องรับผิดชอบส่วนตัว หากการละเมิดนั้นเกิดขึ้นในระหว่างที่เขามีได้ปฏิบัติหน้าที่ราชการ คือ นอกหน้าที่ราชการหรือกระทำในขณะที่ปฏิบัติหน้าที่แต่กระทำละเมิดด้วยจุดประสงค์หรือ เหตุผลส่วนตัวซึ่งกรณีเช่นนี้เป็นความผิดส่วนตัวโดยสภาพ

2) ความรับผิดชอบของหน่วยงานของรัฐ<sup>153</sup> ความรับผิดชอบของหน่วยงานของรัฐต่อ เอกชนผู้ได้รับความเสียหาย สำหรับการกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่มิได้รับการพัฒนาตามหลักธรรมดาของประมวลกฎหมายแพ่งในเรื่องความรับผิดเพื่อการกระทำของบุคคลอื่น มาตรา 381 หรือ Liability for the Act of Organs มาตรา 31 และมาตรา 89 แต่เป็นความรับผิดชนิดพิเศษซึ่งไม่เป็นไปตามหลักธรรมดาของเรื่องละเมิด มาตรา 34 GG ได้ขยายขอบเขตของหน่วยงานของรัฐซึ่งจะต้องรับผิดชอบให้กว้างขึ้น และลดสิทธิของหน่วยงานของรัฐในการไล่เบียดเจ้าหน้าที่ลง โดยจะถูกไล่

<sup>149</sup> “เรื่องเดียวกัน” ,หน้า 17

<sup>150</sup> วิสูตร วัจนะเสถียรกุล, ความรับผิดทางละเมิดของฝ่ายปกครองและการฟ้องคดีเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของฝ่ายปกครอง, สารนิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547, หน้า 25

<sup>151</sup> สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, การเรียกค่าเสียหายในคดีปกครอง : ศึกษากรณีตามมาตรา 16 และมาตรา 17 แห่งพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ.2548, หน้า 97 - 98

<sup>152</sup> ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์, “ความรับผิดทางแพ่งของเจ้าหน้าที่ของรัฐ”, วารสารกฎหมายปกครอง 5, 1 (มกราคม 2529), หน้า 278

<sup>153</sup> สุจิน ชื้อสุวรรณ, ความรับผิดทางละเมิดของข้าราชการ, หน้า 103 - 110



เบี้ยเฉพาะกรณีกระทำละเมิดโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงเท่านั้น และตามมาตรา 34 GG กำหนดให้ศาลยุติธรรมเป็นผู้มีอำนาจพิจารณาพิพากษา อาจสรุปได้ว่าตามบทบัญญัติของ มาตรา 34 GG ได้ผลักดันความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ภายใต้มาตรา 839 BGB ไปสู่นายงาน ของรัฐอย่างชัดเจนว่า (1) นายงานของรัฐรับผิดชอบแทนเจ้าหน้าที่ (2) เจ้าหน้าที่ไม่อาจถูกฟ้องให้รับ รับผิดเป็นส่วนตัวโดยบุคคลผู้ได้รับความเสียหาย (3) แม้ว่าโดยหลักการจะเป็นเรื่องกฎหมายปกครอง แต่การฟ้องร้องนายงานของรัฐสามารถฟ้องต่อศาลยุติธรรมได้ (4) สิทธิไล่เบี้ยเจ้าหน้าที่อยู่ใน ขอบจำกัดอย่างเคร่งครัด

องค์ประกอบความรับผิดทางละเมิดของฝ่ายปกครองตามมาตรา 839 BGB และมาตรา 34 GG ได้กำหนดไว้อย่างสอดคล้องกันในการก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้อง ซึ่งหากเข้า เงื่อนไขตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 839 BGB และมาตรา 34 GG ในกรณีเช่นนี้ เจ้าหน้าที่ไม่ต้องรับผิด หาก แต่ความรับผิดดังกล่าวตกแก่รัฐ สิทธิเรียกร้องให้รัฐรับผิดในผลละเมิดจะต้องประกอบด้วย องค์ประกอบต่อไปนี้<sup>154</sup>

ก. เจ้าหน้าที่ได้กระทำการในการปฏิบัติหน้าที่ของตน ความหมายของ การปฏิบัติหน้าที่จะต้องเข้าใจว่าเป็นการทำภาระหน้าที่ในขอบเขตของกฎหมายมหาชน ทั้งนี้ โดย มิได้คำนึงเรื่องการจัดแบ่งองค์กรของฝ่ายปกครอง หรือมิได้พิจารณาถึงสถานะในทางกฎหมายของ เจ้าหน้าที่ แต่หากพิจารณาแต่เพียงว่าเจ้าหน้าที่ดังกล่าวได้รับมอบหมายให้จัดทำภาระหน้าที่ดังกล่าว หรือไม่ การกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายนั้นจะต้องมีผลมาจากการปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าว

ข. การละเมิดต่อการปฏิบัติหน้าที่ที่ผูกพันต่อบุคคลที่สาม หมายความว่า เจ้าหน้าที่จะต้องทำละเมิดต่อการปฏิบัติหน้าที่ และหน้าที่ดังกล่าวนั้นเป็นหน้าที่ที่มีต่อผู้ได้รับความเสียหาย ความรับผิดของทางกรนั้น มิได้เป็นการแสดงถึงหน้าที่ในทางกฎหมายของรัฐต่อ ประชาชนอันเป็นความสัมพันธ์ภายนอกระหว่างรัฐกับประชาชน หากแต่เป็นการแสดงถึงหน้าที่ ของทางการ ซึ่งเป็นความสัมพันธ์ระหว่างเจ้าหน้าที่กับรัฐ ในฐานะที่รัฐเป็นผู้บังคับบัญชาอันเป็น ความสัมพันธ์ภายใน การละเมิดหน้าที่ของทางการจะเกิดขึ้นเมื่อเจ้าหน้าที่ได้ละเมิดหน้าที่อันมีผล มาจากความสัมพันธ์ในทางการที่มีต่อรัฐ การละเมิดหน้าที่ของทางการนั้นก่อให้เกิดหน้าที่ในการ ชดใช้ค่าเสียหายเฉพาะเมื่อหน้าที่ของทางการที่ถูกละเมิดนั้นอย่างน้อยที่สุดเป็นหน้าที่ที่มีต่อผู้ได้ รับความเสียหายด้วย ในกรณีที่มีปัญหาต้องตรวจสอบว่าหน้าที่ของทางการดังกล่าวเป็นหน้าที่ที่มี ต่อบุคคลที่ได้รับความเสียหายหรือไม่ จะต้องตรวจสอบว่าหน้าที่ของทางการดังกล่าวมีผลต่อ

<sup>154</sup> วิสูตร วัจนะเสถียรกุล, ความรับผิดทางละเมิดของฝ่ายปกครองและการฟ้องคดีเกี่ยวกับความรับผิด ทางละเมิดของฝ่ายปกครอง, หน้า 31 - 33

บุคคลที่สามหรือไม่ ผู้ได้รับความเสียหายอยู่ในขอบเขตของบุคคลที่ได้รับความคุ้มครองหรือไม่ และผลประโยชน์หรือวัตถุประสงค์ที่กฎหมายมุ่งให้ความคุ้มครองในกรณีนั้น

ค. การละเมิดการปฏิบัติหน้าที่เป็นการกระทำอย่างผิดพลาด ความรับผิดชอบของทางกรนั้นเป็นความรับผิดชอบอันเนื่องมาจากการกระทำผิด เพราะฉะนั้นความรับผิดชอบของทางกรดังกล่าวจึงวางอยู่บนเงื่อนไขของการกระทำโดยเจตนา หรือกระทำโดยประมาทของเจ้าหน้าที่ หลักเกณฑ์ในเรื่องความประมาทได้กำหนดไว้ในมาตรา 276 วรรคหนึ่ง BGB ซึ่งมีการกำหนดหลักเกณฑ์ความผิดไว้ในลักษณะที่เป็นภาวะวิสัย เพราะฉะนั้นหลักเกณฑ์ในการพิจารณาจึงมิได้ขึ้นอยู่กับเจ้าหน้าที่ที่กระทำการในเรื่องนั้นๆ หากแต่พิจารณาจากเจ้าหน้าที่โดยเฉลี่ยที่มีหน้าที่ดำเนินการในเรื่องนั้นๆ สำคัญคือ เรื่องความรู้และความสามารถซึ่งเป็นสิ่งจำเป็นสำหรับการดำเนินการหน้าที่ของทางกรในเรื่องนั้น โดยเฉลี่ย ในกรณีที่เกิดปัญหาในเรื่องใดเรื่องหนึ่งเพียงแต่พิสูจน์ให้เห็นว่าในการพิจารณาในทางภาวะวิสัยนั้นการกระทำที่ขัดกฎหมายของเจ้าหน้าที่มิได้กระทำด้วย ความระมัดระวังอย่างพอเพียง ทั้งนี้ โดยไม่จำเป็นต้องกล่าวถึงชื่อของเจ้าหน้าที่ที่กระทำการดังกล่าว

ง. การละเมิดดังกล่าวได้ก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น การละเมิดหน้าที่ของทางกรดังกล่าวจะต้องเป็นสาเหตุทำให้เกิดความเสียหายขึ้น ซึ่งเป็นไปตามหลักทั่วไปของกฎหมายแพ่ง สิทธิเรียกร้องให้ชดเชยค่าเสียหายตามมาตรา 839 BGB วางอยู่บนเงื่อนไขว่า การละเมิดหน้าที่ของทางกรจะต้องมีความสัมพันธ์อย่างเพียงพอที่ทำให้เกิดความเสียหายขึ้น ปัญหาสำคัญในเรื่องดังกล่าวเป็นกรณีที่มีการวินิจฉัยของเจ้าหน้าที่ กฎหมายได้ให้เจ้าหน้าที่มีดุลพินิจในเรื่องดังกล่าว ถ้ามีการละเมิดหน้าที่ของทางกร โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีที่ไม่มีการใช้ดุลพินิจหรือกรณีที่มีการใช้ดุลพินิจไปในทางที่ผิด ในทางปฏิบัติหากแสดงให้เห็นได้ว่าหากเจ้าหน้าที่ใช้ดุลพินิจในการวินิจฉัยดังกล่าวจะไม่ก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น ในกรณีนี้ถือได้ว่ามีการละเมิดหน้าที่ของทางกรซึ่งเป็นผลให้เกิดความเสียหายขึ้น

### 11.2.3 หน่วยงานของรัฐผู้มีหน้าที่พิจารณาทางปกครอง

ตามรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์ ค.ศ. 1976 (Verwaltungsverfahrensgesetz 1976) ของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้กำหนดคำว่า หน่วยงาน (Behörde) หมายถึง หน่วย (Stelle) ใดๆ ที่ทำหน้าที่ปฏิบัติการทางปกครอง<sup>155</sup> ดังนั้น

<sup>155</sup> อรรถพล ลีกระจ่าง, ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ของรัฐชดเชยค่าสินไหมทดแทนตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539, หน้า 59 - 60

หน่วยงานตามกฎหมายฉบับนี้จึงหมายถึงหน่วยงานทางปกครอง (Verwaltungsbehörde) หน่วยงานทางปกครอง คือ องค์กรของรัฐหรือผู้ทรงอำนาจปกครองอื่นที่ได้รับการจัดตั้งขึ้นตามกฎหมายว่าด้วยการจัดองค์กรนั้นๆ โดยเหตุที่กฎหมายว่าด้วยการจัดองค์กรกำหนดหน้าที่รับผิดชอบให้หน่วยงานในฐานะเป็นองค์กรที่ได้รับการจัดตั้งขึ้น หน่วยงานจึงมีอำนาจตามที่ได้รับมอบหมายจากกฎหมาย และสามารถใช้อำนาจสั่งการต่อราษฎรในฐานะที่ราษฎรเป็นผู้ตกอยู่ภายใต้อำนาจปกครองพร้อมกันนั้นก็ยังมีหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดด้วย บทบัญญัติในส่วนที่เกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานจะระบุไว้ชัดเจนว่าหน่วยงานทางปกครองเรื่องใดอยู่ในอำนาจของหน่วยงานไหน โดยหลักการทั่วไปแล้วหากกฎหมายกำหนดอำนาจไว้ให้หน่วยงานใด ก็เฉพาะแต่หน่วยงานนั้นที่สามารถจะใช้อำนาจสั่งการตามที่กฎหมายกำหนดได้ หน่วยงานใดๆ ที่ไม่มีกฎหมายมอบกำหนดหน้าที่ความรับผิดชอบไว้ หน่วยงานนั้นไม่ถือว่าเป็นหน่วยงานตามความหมายของรัฐบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ คงมีฐานะเป็นเพียงหน่วยงานย่อยภายในหน่วยงานเท่านั้น เช่น แผนกต่างๆ ในกระทรวง อย่างไรก็ตามโดยเหตุที่หน่วยงานทางปกครองได้รับการจัดตั้งขึ้นในลักษณะที่เป็นลำดับชั้น ในกรณีจำเป็นหรือกรณีให้เห็นได้ว่าหน่วยงานได้บังคับบัญชาไม่สามารถปฏิบัติการตามคำสั่งได้ หน่วยงานที่อยู่ในลำดับที่สูงกว่าในฐานะหน่วยงานบังคับบัญชาย่อมสามารถเข้ามาใช้อำนาจของหน่วยงานที่อยู่ในลำดับต่ำกว่าในฐานะที่เป็นหน่วยงานได้บังคับบัญชาได้โดยตรง<sup>156</sup>

ในระบบกฎหมายเยอรมันหน่วยงานที่จะได้รับการจัดตั้งให้ปฏิบัติการทางปกครองนั้น มีอยู่ 2 ประเภท ได้แก่ ประเภทแรกเป็นหน่วยงานที่ได้รับการจัดองค์กรในลักษณะที่เป็นองค์กรเดี่ยว ซึ่งหมายความว่า การตัดสินใจออกไปในนามของหน่วยงานนั้นจะกระทำโดยเจ้าหน้าที่ที่ดำรงตำแหน่งสูงสุดแห่งหน่วยงานเพียงคนเดียว โดยในหน่วยงานนั้นจะมีการแบ่งหน่วยงานย่อยภายในที่มีตำแหน่งต่างๆ (Amter) รองลงไปเป็นลำดับ ประเภทที่สองเป็นหน่วยงานที่ได้รับการจัดองค์กรในลักษณะเป็นองค์กรกลุ่ม ซึ่งมีความหมายว่าการตัดสินใจเรื่องในทางปกครองที่กระทบต่อ ราษฎรจะต้องกระทำในรูปของคณะกรรมการ (Ausschuss) อย่างไรก็ตามในส่วนของหน่วยงานที่มีลักษณะเป็นองค์กรกลุ่มนี้ แม้การตัดสินใจจะกระทำในรูปของการประชุมโดยคณะกรรมการก็ตาม แต่การบังคับการตามมติของคณะกรรมการ ตลอดจนการดำเนินการในความสัมพันธ์ภายนอก กฎหมายจะกำหนดให้อยู่ในอำนาจหน้าที่ของอีกองค์กรหนึ่ง หน่วยงานที่เป็น

<sup>156</sup> วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, *วิธีปฏิบัติราชการทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน*, กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2549, หน้า 53

องค์กรกลุ่มจะแตกต่างจากหน่วยงานที่เป็นองค์กรเดี่ยวตรงที่หน่วยงานที่เป็นองค์กรกลุ่มนั้นจะไม่ตกอยู่ภายใต้การบังคับบัญชาสั่งการโดยองค์กรอื่น<sup>157</sup>

กฎเกณฑ์เกี่ยวกับอำนาจของหน่วยงาน เป็นกฎเกณฑ์สำคัญที่จะตอบคำถามว่าหน่วยงานใดจะเป็นหน่วยงานผู้รับผิดชอบงานทางปกครองหรือตัดสินใจเรื่องทางปกครองเรื่องใด ในรัฐที่มี รูปเป็นสหพันธ์ อย่างเช่น ประเทศเยอรมนีนั้น การแบ่งแยกอำนาจของหน่วยงานในทางปกครอง ให้ชัดเจนย่อมมีความสำคัญเป็นพิเศษ กฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์ซึ่งถือเป็นรัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมนีนั้น ได้บัญญัติการแบ่งแยกภารกิจของรัฐเอาไว้ในมาตรา 30 มาตรา 70 มาตรา 83 และมาตรา 87 ในการพิจารณาและสั่งการในทางปกครองเฉพาะหน่วยที่มีอำนาจตามกฎหมายเท่านั้นที่จะสามารถพิจารณาสั่งการได้ ในกรณีที่ราษฎรยื่นคำร้องมาที่หน่วยงานของรัฐที่ไม่มีอำนาจในเรื่องนั้น หน่วยงานที่รับเรื่องมีหน้าที่ที่จะต้องส่งเรื่องไปยังหน่วยงานที่มีอำนาจหรือแจ้งปฏิเสธการรับเรื่องไว้พิจารณาไปยังผู้ยื่นคำร้อง ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายกำหนด การกำหนด อำนาจของหน่วยงานที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญและรัฐบัญญัติเป็นการกำหนดกฎเกณฑ์ที่ผูกพันฝ่ายปกครอง อย่างไรก็ตามในหลายกรณีฝ่ายปกครองก็อาจที่จะผ่อนคลาความเคร่งครัดของ ความผูกพันลงได้ หากปรากฏว่าฝ่ายนิติบัญญัติมอบอำนาจไว้ให้ หรือปรากฏความจำเป็นในทางปกครอง เช่น การขอให้หน่วยงานทางปกครองอื่นที่ไม่มีอำนาจช่วยเหลือการปฏิบัติราชการ การที่หน่วยงานบังคับบัญชาเข้าใช้อำนาจแทนหน่วยงานได้บังคับบัญชา หรือการมอบอำนาจ เป็นต้น โดยปกติแล้วในการพิจารณาอำนาจของหน่วยงานนั้นมีประเด็นจะต้องคำนึงดังนี้<sup>158</sup> คือ

1) *พิจารณาในแง่ของเรื่อง (sachliche Zustandigkeit)* การพิจารณาในส่วนนี้จะเป็นการพิจารณาว่าภารกิจทางปกครองเรื่องใดเรื่องหนึ่ง เช่น ภารกิจในการสังคมสงเคราะห์ การควบคุมอาคาร การแต่งตั้งข้าราชการ เป็นต้น เป็นภารกิจของหน่วยงานในการปกครองหน่วยงานใด ทั้งนี้ ในเบื้องต้นต้องแยกแยะเสียก่อนว่าภารกิจเรื่องที่เป็นปัญหาให้ต้องวินิจฉัยเป็นภารกิจของสหพันธ์ของมลรัฐ หรือขององค์กรปกครองที่ทรงอำนาจอธิปไตย<sup>159</sup> อำนาจในส่วนนี้เป็นเรื่องที่ระบบกฎหมายเยอรมัน เรียกว่า “Verbandkompetenz” เมื่อทราบว่าอำนาจทางปกครอง

<sup>157</sup> อรรถพล ลี้กระจ่าง, ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ของรัฐคดีใช้คำสั่งใหม่ทดแทนตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539, หน้า 60 - 61

<sup>158</sup> วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, วิธีปฏิบัติราชการทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน, หน้า 60

<sup>159</sup> อรรถพล ลี้กระจ่าง, ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ของรัฐคดีใช้คำสั่งใหม่ทดแทนตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539, หน้า 61

ในเรื่องดังกล่าวเป็นของสหพันธ์มลรัฐ หรือองค์การปกครองที่ทรงอำนาจอัตตวิสัยแล้วก็จะต้องพิจารณาต่อไปว่าองค์การที่ทรงอำนาจในลักษณะใดในสหพันธ์ มลรัฐ หรือองค์การปกครองที่ทรงอำนาจอัตตวิสัยที่สามารถดำเนินการในเรื่อง ที่เป็นปัญหาได้ เช่น ในการดำเนินงานของตำรวจในทางปกครอง ตำรวจ (ในฐานะหน่วยงาน) ย่อม ไม่มีอำนาจที่จะออกรัฐบัญญัติ (Gesetz) กำหนดกฎหมายทั่วไปได้ ได้แต่ ออกกฎหมายที่มีผลเป็นรูปธรรมใช้บังคับเฉพาะราย ทั้งนี้เว้นแต่ตำรวจจะได้รับมอบอำนาจให้ออก กฎ (Rechtsverordnung) ที่มีผลบังคับทั่วไปทำนองเดียวกับรัฐบัญญัติโดยอาศัยอำนาจจากรัฐบัญญัติ อำนาจในแง่นี้เป็นอำนาจที่ต้องใช้ตามลักษณะการแบ่งแยกภาระหน้าที่ขององค์การของรัฐ เมื่อผ่านเกณฑ์ทั้งสองประการข้างต้นแล้ว จึงมาพิจารณาต่อไปว่าหน่วยงานใดในองค์กรที่มีภารกิจเรื่องนั้น เป็นหน่วยงานที่ทรงอำนาจ กรณีนี้เป็นการพิจารณาอำนาจของหน่วยงานในองค์กร (Ressortkompetenz)

2) อำนาจในแง่ลำดับชั้น (*instanzielle Zuständigkeit*) กฎเกณฑ์ในส่วนนี้จะกำหนดว่าหน่วยงานต่างๆ ในองค์กรซึ่งสัมพันธ์กันอย่างเป็นลำดับชั้นตามสายการบังคับบัญชา หน่วยงานใดที่มีอำนาจที่จะปฏิบัติภารกิจในเรื่องนั้น โดยหลักทั่วไปแล้วหน่วยงานที่อยู่ในลำดับที่สูงกว่า (หน่วยงานบังคับบัญชา) ไม่สามารถที่จะใช้อำนาจแทนหน่วยงานที่อยู่ใต้บังคับบัญชาได้ เว้นแต่เข้ากรณีข้อยกเว้นที่กฎหมายกำหนด<sup>160</sup>

3) อำนาจในแง่พื้นที่ (*ortliche Zuständigkeit*) ในกรณีที่จะตรวจการปกครอง ใดมีหน่วยงานที่อยู่ในลำดับชั้นเดียวกันหลายหน่วยงานกฎหมายในส่วนนี้จะกำหนดว่าหน่วยงานใด มีอำนาจในเขตพื้นที่ใด

4) อำนาจในแง่ภารกิจ (*funktionelle Zuständigkeit*) โดยปกติแล้วในการกำหนดอำนาจกระทำการทางปกครองนั้น ระบบกฎหมายเยอรมันจะกำหนดให้อำนาจแก่หน่วยงานส่วนหน่วยงานจะแบ่งแยกอำนาจภายในกันเท่านั้น เป็นเรื่องแต่ละหน่วยงานจะต้องไปกำหนดระเบียบภายในเองว่าจะให้เจ้าหน้าที่ตำแหน่งใดมีอำนาจกระทำการแทนหน่วยงานในเรื่องใด อย่างไรก็ตามในบางกรณีอาจมีการกำหนดเอาไว้ในกฎหมายอย่างชัดเจนว่าเจ้าหน้าที่ตำแหน่งใด ในหน่วยงานมีอำนาจกระทำการ กรณีนี้เป็นกรณีที่เราเรียกว่า “function Zuständigkeit” การฝ่าฝืนกฎหมายในเรื่องกฎหมายกำหนดให้อำนาจไว้แก่ตำแหน่งอย่างชัดเจนนี้จะต่างจากกรณีที่ฝ่าฝืนกฎหมายภายใน เพราะจะส่งผลให้คำสั่งทางปกครองที่ออกมาโดยเจ้าหน้าที่ที่ไม่ได้ดำรงตำแหน่งตามที่กฎหมายกำหนด กลายเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย<sup>161</sup> อำนาจของหน่วยงานตามที่ได้รับบัญญัติไว้ในรัฐบัญญัติวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองฯ นั้นเป็นอำนาจใน

<sup>160</sup> “เรื่องเดียวกัน”, หน้า 62

<sup>161</sup> “เรื่องเดียวกัน”, หน้า 63

แห่งของพื้นที่และกฎเกณฑ์ในส่วนที่เกี่ยวกับอำนาจของหน่วยงานในแห่งของพื้นที่ที่จะนำมาใช้ก็ต่อเมื่อไม่มีกฎหมายเฉพาะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น ตามมาตรา 3 แห่งรัฐบัญญัติวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองฯ ที่บัญญัติว่า

มาตรา 3 วรรคหนึ่ง ข้อ 1 ในกรณีที่เรื่องทางปกครองเกี่ยวพันกับอสังหาริมทรัพย์หรือสิทธิ หรือนิติสัมพันธ์ที่เกี่ยวข้องกับสถานที่หน่วยงานทางปกครองที่มีอำนาจได้แก่หน่วยงานที่ทรัพย์สินหรือสถานที่นั้นตั้งอยู่<sup>162</sup> อสังหาริมทรัพย์ในที่นี้หมายถึงที่ดิน สิทธิที่เสมือนสิทธิในที่ดินรวมถึงเรือ และเครื่องบิน สำหรับสิทธิหรือนิติสัมพันธ์ที่เกี่ยวข้องกับสถานที่ก็ได้แก่กรณีของ การออกใบอนุญาตให้เปิดภัตตาคาร หรือร้านขายยา เป็นต้น

มาตรา 3 วรรคหนึ่ง ข้อ 2 ในกรณีที่เรื่องทางปกครองเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจ การประกอบอาชีพ หรือการกระทำอื่นใดที่มีระยะเวลาต่อเนื่อง หากการกระทำที่กล่าวมากระทำในพื้นที่ของหน่วยงานใด หน่วยงานนั้นย่อมเป็นหน่วยงานที่มีอำนาจ<sup>163</sup> อำนาจในกรณีนี้มักเป็นกรณีของการยื่นขอใบอนุญาตประกอบธุรกิจ

มาตรา 3 วรรคหนึ่ง ข้อ 3a ในกรณีที่เรื่องทางปกครองเรื่องใดเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับบุคคลธรรมดา หน่วยงานที่มีอำนาจ คือ หน่วยงานที่บุคคลธรรมดาผู้นั้นมีถิ่นที่อยู่เป็นปกติธรรมดาในเขตความรับผิดชอบของตน ถิ่นที่อยู่เป็นปกติธรรมดา หมายถึง ถิ่นที่อยู่ที่บุคคลนั้นไม่ได้พักอาศัยอยู่ชั่วคราว สำหรับกรณีที่เรื่องทางปกครองใดเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับนิติบุคคล หน่วยงานที่มีอำนาจ คือ หน่วยงานที่นิติบุคคลนั้นตั้งอยู่ หรือเคยตั้งอยู่ล่าสุด (มาตรา 3 วรรคหนึ่ง ข้อ 3b)<sup>164</sup>

<sup>162</sup> Verwaltungsverfahrensgesetz-VwVfG

Section 3(1) 1. In matters relating to immovable assets or to a right or legal relationship linked to a certain place : the authority in whose districts the assets or the place is situated;

<sup>163</sup> Verwaltungsverfahrensgesetz-VwVfG

Section 3(1) 2. In matters relating to the running of firm or one of its places of business , to the practice of a profession or to the carrying out of other permanent activity: the authority in whose district the firm or place of business is or is to be run, the profession practiced or the permanent activity carried out;

<sup>164</sup> Section 3(1) 3. a) natural persons: the authority in whose the natural person is or last was normally resident,

b) legal persone or association: the authority in whose district the legal person or association is or last was legally domiciled.

ในกรณีที่ไม่เข้าเหตุที่กล่าวมาทั้ง 3 ข้อ มาตรา 3 วรรคหนึ่ง ข้อ 4 กำหนดให้หน่วยงานที่มีเหตุการณ์ซึ่งจะต้องดำเนินการทางปกครองเกิดขึ้นในเขตเป็นหน่วยงานที่มีอำนาจ<sup>165</sup>

ในกรณีที่ปรากฏว่าหน่วยงานหลายหน่วยงานมีอำนาจในเรื่องทางปกครองที่เกิดขึ้นให้หน่วยงานที่ดำเนินการกับเรื่องดังกล่าวเป็นหน่วยงานแรก เป็นหน่วยงานที่มีอำนาจ แต่ในกรณีที่หน่วยงานดังกล่าวยังไม่ได้ตัดสินใจ หน่วยงานบังคับบัญชาที่ดูแลเรื่องอำนาจหน้าที่อาจสั่งให้หน่วยงานอื่นที่มีอำนาจในแง่พื้นที่เช่นกันดำเนินการได้ นอกจากนี้ในกรณีหน่วยงานหลายหน่วยงานอ้างว่าตนมีอำนาจ หรือหน่วยงานหลายหน่วยงานต่างปฏิเสธว่าตนไม่มีอำนาจ หรือเกิดปัญหาสงสัยว่าหน่วยงานไหนกันแน่ที่มีอำนาจ ให้หน่วยงานบังคับบัญชาที่ดูแลเรื่องอำนาจหน้าที่วินิจฉัยสั่งการ

มาตรา 3 วรรคสาม ในกรณีที่เกิดการเปลี่ยนแปลงเกี่ยวกับเขตอำนาจในแง่พื้นที่ของหน่วยงานหลังจากที่ได้มีการดำเนินการทางปกครองไปแล้ว ให้หน่วยงานที่ได้ดำเนินการเรื่อง ทางปกครองดังกล่าวมานั้นยังคงมีอำนาจในการดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไป หากการดำเนินการเช่นนั้นจะสะดวกและสมประสงค์ตามกฎหมาย และหน่วยงานอื่นที่บัดนี้มีอำนาจในแง่พื้นที่ได้ ให้ความยินยอม<sup>166</sup>

มาตรา 3 วรรคสี่ ได้บัญญัติเป็นข้อยกเว้นในกรณีฉุกเฉินเร่งด่วนว่าให้หน่วยงานใดๆ ที่อยู่เขตพื้นที่ที่เกิดเหตุการณ์ฉุกเฉินเร่งด่วนขึ้น มีอำนาจกำหนดมาตรการที่จำเป็นเพื่อ ระงับเหตุนั้น และจะต้องแจ้งให้หน่วยงานที่มีอำนาจทราบโดยไม่ชักช้า<sup>167</sup>

การฝ่าฝืนกฎหมายที่กฎหมายกำหนดเกี่ยวกับอำนาจของหน่วยงานย่อมส่งผลให้คำสั่งทางปกครองที่ออกมานั้นเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งโดยทั่วไปแล้วหน่วยงานไม่อาจแก้ไขเยียวยาให้กลับคืนคืนดีได้ ส่วนความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งดังกล่าวจะเป็นความไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างรุนแรงถึงขนาดตกเป็นโมฆะ หรือเป็นความไม่ชอบ

<sup>165</sup> Section 3(1) 4. in matters of which competence cannot be derived from nos. 1 to 3: the authority in whose district the event giving rise to the official action occurs.

<sup>166</sup> Section (3) If in the course of the administrative process some change in the circumstances determining competence occurs, the authority hitherto competent may continue the administrative process when this doing so is in the interest of simplicity and efficiency of execution while protecting the interests of those concerned and where the agreement of the authority now competent is obtained.

<sup>167</sup> Section (4) Where delay involves a risk, any authority shall be locally competent to take measures which cannot be postponed when the event giving rise to the official action occurs in its district. the authority locally competent under paragraph 1, nos. 1 to 3 shall be informed immediately.

ด้วยกฎหมาย ที่ไม่ถึงขนาดตกเป็นโมฆะ แต่คงมีผลในทางกฎหมายอยู่จนกว่าจะถูกเพิกถอนนั้น ย่อมขึ้น อยู่กับลักษณะของการฝ่าฝืน ส่วนกรณีการฝ่าฝืนในส่วนที่เกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ในแง่ของเรื่อง โดยทั่วไป แล้วถือว่าเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายอย่างรุนแรงและเห็นประจักษ์ชัดตามรัฐบัญญัติวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองฯ มาตรา 44 วรรคหนึ่ง และด้วยเหตุนี้คำสั่งทางปกครองดังกล่าวจึงตกเป็นโมฆะ สำหรับกรณีที่หน่วยงานออกคำสั่งไปโดยไม่มีอำนาจในแง่ของพื้นที่นั้น ในกรณีที่มีบทบัญญัติของกฎหมายเฉพาะกำหนดไว้หรือกรณีที่หน่วยงานออกคำสั่งไปนอกเขตพื้นที่ดังที่ระบุไว้ในมาตรา 3 วรรคหนึ่ง ข้อ 1 กรณีคำสั่งทางปกครองเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์หรือสิทธิที่เกี่ยวข้องกับสถานที่คำสั่งทางปกครองนั้นย่อมเป็นโมฆะ ส่วนกรณีที่หน่วยงานไม่มีอำนาจในแง่พื้นที่ในกรณีอื่นหรือกรณีที่หน่วยงานไม่มีอำนาจในแง่ของลำดับชั้น คำสั่งทางปกครองดังกล่าวย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งอาจถูกเพิกถอนได้<sup>168</sup>

#### 11.2.4 การให้คำปรึกษาหารือ และการให้ความเห็นชอบ

ในการพิจารณาทางปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี หากเป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องมีการพิจารณาร่วมกันของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอื่น ก่อนที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะออกนิติกรรมทางปกครองบางเรื่อง เจ้าหน้าที่ชั้นต้นผู้รับผิดชอบ จะต้องขอความเห็นหรือความเห็นชอบจากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอื่น ตัวอย่างเช่น การวินิจฉัยของเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายว่าด้วยการก่อสร้างอาคาร (BauG) ตามมาตรา 36 วรรคแรก จะต้องได้รับความเห็นชอบจากองค์กรปกครองตนเอง - เทศบาล (Gemeinde) และความเห็นชอบจากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองระดับสูงขึ้นไป ซึ่งศาลปกครองสหพันธ์รัฐวินิจฉัยว่าการร่วมกระทำการนี้เป็นเรื่องภายในฝ่ายปกครองไม่มีผลกระทบต่อประชาชน กรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอื่น ไม่ให้ความเห็นชอบเป็นเหตุให้เจ้าหน้าที่ชั้นต้นผู้รับผิดชอบปฏิเสธที่จะออกใบอนุญาตให้ประชาชนผู้ร้องขอ ผู้ร้องขอ จะฟ้องโต้แย้งการร่วมกระทำการของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้นี้โดยลำพังไม่ได้ แต่จะต้องฟ้องโต้แย้งตัวนิติกรรมทางปกครอง กล่าวคือ การไม่อนุญาตให้ก่อสร้างอาคารของเจ้าหน้าที่ชั้นต้นผู้รับผิดชอบ และศาลมีอำนาจควบคุมตรวจสอบถึงความไม่ชอบด้วยกฎหมายของการไม่ให้ความเห็นชอบของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอื่นนั้นด้วย<sup>169</sup>

ตามรัฐบัญญัติวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองฯ มาตรา 44 (3) ได้บัญญัติหลักการเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองที่มีความบกพร่องที่อาจมีผลทำให้คำสั่งนั้นตกเป็นโมฆะ โดยได้กำหนดว่า คำสั่งทางปกครองที่บกพร่องด้วยเหตุใดเหตุหนึ่งใน 4 ประการ ตามมาตรานี้ จะทำให้

<sup>168</sup> วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, *วิธีปฏิบัติราชการทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน*, หน้า 66

<sup>169</sup> กมลชัย รัตนสรวงศ์, *หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน: พื้นฐานความรู้ทั่วไป*, หน้า 151



คำสั่งทางปกครองไม่สมบูรณ์ในลักษณะที่เป็นโมฆกรรม ซึ่งในมาตรา 44 (3) ข้อ 4<sup>170</sup> ได้กำหนดให้ การออกคำสั่งทางปกครองโดยไม่ได้ขอความเห็นชอบ หรือขอความร่วมมือจากเจ้าหน้าที่อื่นตามที่ กฎหมายกำหนดไว้จะมีผลทำให้คำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตาม คำสั่งทาง ปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเพราะเหตุ ไม่ได้ขอความเห็นชอบหรือขอความร่วมมือจากเจ้าหน้าที่ อื่นดังกล่าว สามารถเยียวยาแก้ไขให้เป็นคำสั่งทางปกครองสมบูรณ์ได้ หากได้มีการจัดให้การให้ ความเห็นชอบในภายหลังตามมาตรา 34(1) ข้อ 5<sup>171</sup>

---

<sup>170</sup> Section 44 Invalidity of an administrative act

(3) An administrative act shall not be invalid merely because :

1. provisions regarding local competence have not been observed, except in a case covered by paragraph 2 , no. 3;
2. a person excluded under section 20, paragraph 1, first sentence, nos. 2 to 6 is involved;
3. a committee required by law to play a part in the issuing of the administrative act did not take or did not have a quorum to take the necessary decision;
4. the collaboration of another authority required by law did not take place

<sup>171</sup> Verwaltungsverfahrensgesetz-VwVfG

Section 45. Making good defects in procedure or form

(1) An infringement of the regulation governing procedure or form which does not render the administrative act invalid under section 44 shall be ignored when:

1. the application necessary for the issuing of the administrative act is subsequently made;
2. the necessary statement of grounds is subsequently provided;
3. the necessary hearing of a participant is subsequently held;
4. the decision of a committee whose collaboration is required in the issuing of the administrative act is subsequently taken;
5. the necessary collaboration of authority is subsequently obtained.

### บทที่ 3

## หลักกฎหมายเกี่ยวกับการพิจารณาทางปกครองตามกฎหมายไทย

การจัดตั้งหน่วยงานของรัฐขึ้นมาก็เพื่อให้จัดทำบริการสาธารณะแทนรัฐเพื่อตอบสนองต่อความต้องการของประชาชนเป็นส่วนรวม แต่เนื่องจากหน่วยงานของรัฐมีฐานะเป็นนิติบุคคล ดังนั้น จึงไม่อาจดำเนินกิจกรรมบริการสาธารณะได้ด้วยตนเอง ต้องกระทำโดยเจ้าหน้าที่ของตน ซึ่งในการจัดทำบริการสาธารณะแทนหน่วยงานของรัฐและในนามของหน่วยงานของรัฐ การปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลภายนอกหรือหน่วยงานของรัฐที่เจ้าหน้าที่สังกัดอยู่หรือหน่วยงานของรัฐอื่น และอาจเกิดความเสียหายต่อหน่วยงานของรัฐแห่งเดียวหรือหลายแห่งได้ โดยในส่วนกรณีที่เจ้าหน้าที่ปฏิบัติหน้าที่แล้วก่อให้เกิดความเสียหายต่อหน่วยงานของรัฐนั้น หน่วยงานของรัฐสามารถออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ผู้ก่อให้เกิดความเสียหายชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่หน่วยงานของรัฐได้ ดังนั้น เพื่อให้เกิดความเข้าใจเกี่ยวกับการพิจารณาทางปกครอง จึงสมควรศึกษาหลักกฎหมายเกี่ยวกับการพิจารณาทางปกครองตามกฎหมายไทย

### 1. หลักกฎหมายเกี่ยวกับการพิจารณาทางปกครอง ตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539

#### 1.1 สาระสำคัญของพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539

กฎหมายความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่เป็นกฎหมายที่กำหนดความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ที่กระทำละเมิดทั้งกรณีที่เจ้าหน้าที่กระทำละเมิดต่อหน่วยงานของรัฐ และกระทำละเมิดต่อบุคคลภายนอก ซึ่งมีที่มาพื้นฐานจากหลัก “ความรับผิดของรัฐหรือของฝ่ายปกครอง” ซึ่งมีแนวคิดว่า ในการจัดทำกิจกรรมของฝ่ายปกครองนั้น ไม่ว่าจะเป็นการสั่งการของเจ้าหน้าที่ที่มีลักษณะเป็นนิติกรรมหรือสัญญาทางปกครองหรือเป็นปฏิบัติการทางปกครอง ฝ่ายปกครองย่อมมีโอกาสในการก่อให้เกิดความเสียหายให้แก่เอกชน เช่นเดียวกับเอกชนทั่วไปอาจก่อให้เกิดความเสียหายกันเอง และความเสียหายที่รัฐอาจก่อให้เกิดขึ้นนั้นอาจมีลักษณะและความรุนแรงมากกว่าเอกชนทั่วไป โดยเฉพาะอย่างยิ่งรัฐอาจใช้อำนาจสั่งการที่มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน และหากเอกชนไม่ปฏิบัติตามรัฐอาจใช้มาตรการบังคับแก่เอกชนได้โดยไม่

ต้องฟ้องศาล ทำให้ต้องมีการกำหนดให้รัฐต้องรับผิดชอบในการที่รัฐใช้อำนาจแล้วเกิดความเสียหายขึ้นซึ่งนับได้ว่าเป็นวิธีการหนึ่งในการควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครองและคุ้มครองสิทธิของประชาชน<sup>172</sup>

รัฐสภาได้ตราพระราชบัญญัติความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 ขึ้นใช้บังคับในฐานะเป็นกฎหมายกลางที่กำหนดหลักเกณฑ์ทั่วไปเกี่ยวกับความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่โดยมีเจตนารมณ์เพื่อแก้ไขปัญหาค่าความไม่เหมาะสมของระบบความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ในขณะนั้น โดยเหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัตินี้ คือ การที่เจ้าหน้าที่ดำเนินการต่างๆ ของหน่วยงานของรัฐนั้น หาได้เป็นไปเพื่อประโยชน์อันเป็นการเฉพาะตัวไม่ การปล่อยให้ความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ในกรณีที่ถูกปฏิบัติงานในหน้าที่และเกิดความเสียหายแก่เอกชนเป็นไปตามหลักกฎหมายเอกชนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จึงเป็นการไม่เหมาะสมก่อให้เกิดความเข้าใจผิดว่า เจ้าหน้าที่จะต้องรับผิดชอบในการกระทำต่างๆ เป็นการเฉพาะตัวเสมอไป เมื่อการที่นำไปทำให้หน่วยงานของรัฐต้องรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกเพียงใดก็จะมีภาระฟ้องไล่เบี้ยเอาจากเจ้าหน้าที่เต็มจำนวนนั้น ทั้งที่บางกรณีเกิดขึ้น โดยความไม่ตั้งใจหรือความผิดพลาดเพียงเล็กน้อยในการปฏิบัติหน้าที่ นอกจากนั้นยังมีการนำหลักเรื่องลูกหนี้ร่วมในระบบกฎหมายแพ่งมาใช้บังคับให้เจ้าหน้าที่ต้องร่วมรับผิดชอบในการกระทำของเจ้าหน้าที่ผู้อื่นด้วย ซึ่งระบบนั้นมุ่งหมายแต่จะได้รับเงินครบโดยไม่คำนึงถึงความเป็นธรรมที่จะมีต่อแต่ละคน กรณีเป็นการก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่เจ้าหน้าที่ และยังเป็นการบั่นทอนกำลังขวัญในการทำงานของเจ้าหน้าที่ด้วย จนบางครั้งกลายเป็นปัญหาในการบริหารเพราะเจ้าหน้าที่ไม่กล้าตัดสินใจดำเนินงานเท่าที่ควรเพราะเกรงความรับผิดชอบที่จะเกิดแก่ตน อนึ่ง การให้คุณให้โทษแก่เจ้าหน้าที่เพื่อควบคุมการทำงานของเจ้าหน้าที่ยังมีวิธีการในการบริหารงานบุคคล และการดำเนินการทางวินัยกำกับดูแลอีกส่วนหนึ่ง อันเป็นหลักประกันมิให้เจ้าหน้าที่ทำการใดๆ โดยไม่รอบคอบอยู่แล้ว ดังนั้น จึงสมควรกำหนดให้เจ้าหน้าที่ต้องรับผิดชอบในการปฏิบัติงานในหน้าที่เฉพาะเมื่อเป็นการจงใจกระทำเพื่อการเฉพาะตัวหรือจงใจให้เกิดความเสียหายหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงเท่านั้น และให้แบ่งแยกความรับผิดชอบของแต่ละคนมิให้นำหลักลูกหนี้ร่วมมาใช้บังคับ ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมและเพิ่มพูนประสิทธิภาพในการปฏิบัติงานของรัฐ จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้ อย่างไรก็ตามก็มีข้อพึงสังเกตเกี่ยวกับพระราชบัญญัติความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 ดังนี้<sup>173</sup>

<sup>172</sup> มานิตย์ จุมปา, คำอธิบายกฎหมายปกครองว่าด้วยการกระทำทางปกครองและการควบคุมการกระทำทางปกครอง, กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2549, หน้า 149

<sup>173</sup> ฤทัย หงส์ศิริ, “ข้อสังเกตบางประการเกี่ยวกับพระราชบัญญัติความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539”, วารสารการพาณิชย์นาวี, 19, 2 (2543), หน้า 39 - 64

(1) พระราชบัญญัตินี้มีไว้วางหลักเกณฑ์ความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ของรัฐเท่านั้น แต่ยังคงกำหนดหลักเกณฑ์ด้วยว่าในกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ต้องรับผิดชอบ หน่วยงานของรัฐต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้เสียหาย

(2) พระราชบัญญัตินี้มิได้ยกเลิกหลักเกณฑ์ความรับผิดชอบทางละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ทั้งหมด พระราชบัญญัตินี้กำหนดหลักเกณฑ์ที่เป็นข้อยกเว้นของหลักทั่วไปเรื่องละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในเรื่องใดที่พระราชบัญญัตินี้มิได้กำหนดไว้ก็ยังคงให้หลักเกณฑ์ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

(3) พระราชบัญญัตินี้ไม่ใช้บังคับในเรื่องที่มีกฎหมายบัญญัติไว้แล้วโดยเฉพาะ

(4) พระราชบัญญัตินี้มิได้ใช้บังคับกับความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ของรัฐทั้งหมด โดยใช้บังคับกับหน่วยงานของรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐบางประเภทเท่านั้น และใช้บังคับกับการกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่ของรัฐเฉพาะในการปฏิบัติหน้าที่เท่านั้น

สำหรับขอบเขตการใช้บังคับพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 ได้กำหนดขอบเขตการบังคับใช้ไว้ ดังนี้<sup>174</sup>

(1) ขอบเขตด้านเวลา พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับแก่การกระทำละเมิดที่เกิดขึ้นหลังจากวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ ซึ่งได้แก่การกระทำละเมิดที่เกิดขึ้น ตั้งแต่วันที่ 15 พฤศจิกายน พ.ศ.2539

(2) ขอบเขตด้านหน่วยงานและเจ้าหน้าที่ พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับกับละเมิดที่เจ้าหน้าที่และหน่วยงานของรัฐเป็นผู้กระทำเท่านั้น โดยได้มีการกำหนดนิยามความหมายไว้ว่า

“เจ้าหน้าที่” หมายความว่า ข้าราชการ พนักงาน ลูกจ้าง หรือผู้ปฏิบัติงานประเภทอื่นไม่ว่าจะเป็นการแต่งตั้งในฐานะเป็นกรรมการหรือฐานะอื่นใด

“หน่วยงานของรัฐ” หมายความว่า กระทรวง ทบวง กรม หรือส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรม ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่น และรัฐวิสาหกิจ ที่ตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา และให้หมายความรวมถึงหน่วยงานอื่นของรัฐที่มีพระราชกฤษฎีกากำหนดให้เป็นหน่วยงานของรัฐตามพระราชบัญญัตินี้ด้วย

(3) ขอบเขตด้านการกระทำ พระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 ใช้บังคับแก่การกระทำละเมิดในการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ทั้งที่เป็นการกระทำละเมิดต่อบุคคลภายนอก และการกระทำละเมิดต่อหน่วยงานของรัฐ

<sup>174</sup> มานิตย์ จุมปา, คำอธิบายกฎหมายปกครองว่าด้วยการกระทำทางปกครองและการควบคุมการกระทำทางปกครอง, หน้า 154

กรณีความรับผิดของหน่วยงานของรัฐ ตามมาตรา 5 บัญญัติว่า “หน่วยงานของรัฐต้องรับผิดชอบต่อผู้เสียหายในผลแห่งละเมิดที่เจ้าหน้าที่ของตนได้กระทำการปฏิบัติหน้าที่ ในกรณีนี้ผู้เสียหายอาจฟ้องหน่วยงานของรัฐดังกล่าวได้โดยตรง แต่จะฟ้องเจ้าหน้าที่ไม่ได้”

ถ้าการละเมิดเกิดจากเจ้าหน้าที่ซึ่งไม่ได้สังกัดหน่วยงานของรัฐแห่งใดให้ถือว่ากระทรวงการคลังเป็นหน่วยงานของรัฐที่ต้องรับผิดตามวรรคหนึ่ง”

การละเมิดที่เกิดแต่การปฏิบัติหน้าที่ เช่น เจ้าหน้าที่กรมชลประทานสร้างเขื่อนล้นเข้าไปในที่ดินของเอกชนหรือเจ้าพนักงานที่ดินออกโฉนดที่ดินทับที่ดินของบุคคลอื่น ทำให้บุคคลภายนอกได้รับความเสียหาย กรณีเช่นนี้กฎหมายให้บุคคลภายนอกเรียกชดเชยค่าเสียหายจากหน่วยงานของรัฐที่เจ้าหน้าที่ผู้นั้นสังกัดอยู่จะเรียกชดเชยจากเจ้าหน้าที่ไม่ได้ แต่ถ้าทำนอกหน้าที่หน่วยงานราชการไม่ต้องรับผิด ผู้เสียหายต้องไปเรียกชดเชยเอาจากพนักงานผู้นั้นโดยตรง มาตรฐานนี้ห้ามมิให้ผู้เสียหายเรียกชดเชยเอาจากเจ้าหน้าที่ แต่ถ้าหน่วยงานนั้นเห็นว่าเจ้าหน้าที่ของตนน่าจะรับผิดเป็นส่วนตัวก็อาจจะขอให้ศาลหมายเรียกเจ้าหน้าที่ผู้นั้นมาเป็นคู่ความร่วมได้

กรณีความรับผิดของเจ้าหน้าที่เป็นส่วนตัว ตามมาตรา 6 บัญญัติว่า “ถ้าการกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่มิใช่การกระทำการปฏิบัติหน้าที่ เจ้าหน้าที่ต้องรับผิดในการนั้นเป็นการเฉพาะตัว ในกรณีนี้ผู้เสียหายอาจฟ้องเจ้าหน้าที่ได้โดยตรง แต่จะฟ้องหน่วยงานของรัฐไม่ได้” ซึ่งการละเมิดที่ไม่ใช่การปฏิบัติหน้าที่ เช่น เจ้าพนักงานที่ดินรับรังวัดที่ดินให้เอกชนเป็นการส่วนตัวได้ตัดต้นไม้ที่ดินข้างเคียงเสียหายไปหลายต้น พนักงานท่าเรือได้แอบเข้าไปในโกดังเก็บสินค้าเวลากลางคืนแล้วลักเอาสินค้าไปจากโกดัง หรือเจ้าพนักงานของรัฐไปราชการต่างจังหวัดโดยรถยนต์ของทางราชการระหว่างพักแรมได้ขับรถไปเที่ยวหาความสำราญส่วนตัว ขากลับได้ขับรถด้วยความเมาสุราชนคนขาดเจ็บสาหัส ต้องรับผิดชดเชยค่าเสียหายให้แก่ผู้เสียหายเป็นการส่วนตัว ราชการไม่ต้องรับผิด<sup>175</sup>

กรณีที่เจ้าพนักงานกระทำละเมิดในหน้าที่โดยจงใจหรือด้วยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงนั้น เจ้าพนักงานผู้นั้นยังต้องรับผิดชอบต่อผู้เสียหายอยู่ กฎหมายเพียงให้หน่วยงานของรัฐชดเชยค่าเสียหายให้แก่ผู้เสียหายแล้วมาไล่เบี้ยเอาจากเจ้าพนักงานผู้นั้นอีกทีหนึ่ง เช่น มาหักเงินเดือนชดเชยโดยมาตรา 8 บัญญัติว่า “ในกรณีที่หน่วยงานของรัฐต้องรับผิดชดเชยค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้เสียหายเพื่อการละเมิดของเจ้าหน้าที่ให้หน่วยงานของรัฐมีสิทธิเรียกให้เจ้าหน้าที่ผู้ทำละเมิด

<sup>175</sup> สถิต เล็งไธสง ,ความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ของรัฐและพนักงานรัฐวิสาหกิจ, กรุงเทพฯ: วิทยุชน, 2540, หน้า 19 - 21

ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนดังกล่าวแก่หน่วยงานของรัฐได้ถ้าเจ้าหน้าที่ได้กระทำการนั้นไปด้วยความจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง

สิทธิเรียกให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามวรรคหนึ่งจะมีได้เพียงใดให้คำนึงถึงระดับความร้ายแรงแห่งการกระทำ และความเป็นธรรมในแต่ละกรณีเป็นเกณฑ์โดยมิต้องให้ใช้เต็มจำนวนของความเสียหายก็ได้

ถ้าการละเมิดเกิดจากความผิดหรือความบกพร่องของหน่วยงานของรัฐหรือระบบการดำเนินงานส่วนรวม ให้หักส่วนแห่งความรับผิดชอบดังกล่าวออกด้วย

ในกรณีที่การละเมิดเกิดจากเจ้าหน้าที่หลายคน มิให้นำหลักเรื่องลูกหนี้ร่วมมาใช้บังคับและเจ้าหน้าที่แต่ละคนต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนเฉพาะส่วนของตนเท่านั้น”

จากบทบัญญัติดังกล่าว “การกระทำโดยจงใจ” ก็คือการกระทำโดยเจตนาตนเอง เช่น กรณีพนักงานการเงินการไฟฟ้าวิวาทชดช้อยกับประชาชนที่มาเสียค่าไฟ ส่วน “การกระทำด้วยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง” นั้น ก็กระทำโดยไม่จงใจให้เกิดผลแต่ไม่ระมัดระวังเอาเสียเลย ทำไปโดยไม่สนใจว่าจะเกิดอะไรขึ้น เช่น ขับรถด้วยความคึกคะนองแบบบ้าระห่ำ หรือ ขับด้วยความเร็วสูงในซอยแคบๆ และไม่ชะลอความเร็วเมื่อมีรถสวน เป็นต้น กล่าวโดยสรุปกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่เป็นกฎหมายที่มีบทเฉพาะเพื่อให้ทั้งประชาชนผู้เสียหายเรียกค่าสินไหมทดแทนจากหน่วยงานของรัฐได้โดยตรง เมื่อเจ้าหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐกระทำละเมิดในการปฏิบัติหน้าที่ และให้หน่วยงานของรัฐซึ่งชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้เสียหายมีสิทธิเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่หน่วยงานของรัฐ โดยมีการกำหนดอายุความสิทธิเรียกร้องไว้โดยเฉพาะแตกต่างจากหลักละเมิดทั่วไป นอกจากนี้ในกรณีที่เจ้าหน้าที่กระทำละเมิดต่อหน่วยงานของรัฐโดยตรง ก็ยังได้กำหนดสิทธิของหน่วยงานของรัฐที่จะเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนอย่างไร ซึ่งเมื่อพิจารณาในภาพรวมแล้วน่าจะเป็นการปกป้องคุ้มครองประชาชนผู้เสียหาย และในขณะเดียวกันก็มีวิธีการบรรเทาภาระของเจ้าหน้าที่ในการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่หน่วยงานของรัฐด้วย

## 1.2 การเรียกให้เจ้าหน้าที่ผู้กระทำละเมิดชำระเงินให้แก่หน่วยงานของรัฐ

ในกรณีที่เจ้าหน้าที่กระทำละเมิดต่อหน่วยงานของรัฐ หน่วยงานของรัฐจะดำเนินการเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจากเจ้าหน้าที่ผู้กระทำละเมิดได้อย่างไรนั้นขึ้นอยู่กับว่าการกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่ต่อหน่วยงานเป็นการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่หรือมิใช่การกระทำในการปฏิบัติหน้าที่ กรณีที่เจ้าหน้าที่กระทำละเมิดต่อหน่วยงาน โดยมีใช่การกระทำในการปฏิบัติหน้าที่หน่วยงานของรัฐจะต้องใช้สิทธิเรียกร้องทางศาลต่อเจ้าหน้าที่ผู้กระทำละเมิด กล่าวคือ ต้องฟ้อง ร้องเรียกค่าสินไหมทดแทนจากเจ้าหน้าที่ ส่วนกรณีเจ้าหน้าที่กระทำละเมิดต่อหน่วยงานใน

การปฏิบัติหน้าที่นั้น ผู้เป็นหัวหน้าหน่วยงานอาจออกคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ผู้กระทำละเมิดชำระค่าสินไหมทดแทนตามจำนวนที่เจ้าหน้าที่ผู้นั้นต้องชดใช้แก่หน่วยงานได้ ทั้งตามมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 ที่บัญญัติว่า “ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนที่หน่วยงานของรัฐได้ใช้ให้แก่ผู้เสียหายตามมาตรา 8 หรือในกรณีที่เจ้าหน้าที่ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเนื่องจากเจ้าหน้าที่ผู้นั้นได้กระทำละเมิดต่อหน่วยงานของรัฐตามมาตรา 10 ประกอบกับมาตรา 8 ให้หน่วยงานของรัฐที่เสียหายมีอำนาจออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ผู้นั้น ชำระเงินดังกล่าวภายในเวลาที่กำหนด” ซึ่งในกรณีดังกล่าวนี้ได้มีนักวิชาการได้อธิบายไว้ดังนี้

สะท้อน ชูสกุล<sup>176</sup> ได้อธิบายในเรื่องนี้ว่า ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ที่กระทำละเมิดต่อหน่วยงานของรัฐ อันเป็นการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่ หน่วยงานของรัฐก็มีอำนาจออกคำสั่งให้เจ้าหน้าที่นั้นชำระเงินค่าสินไหมทดแทนภายในเวลาที่กำหนดได้โดยไม่ต้องฟ้องคดีต่อศาลในทำนองเดียวกันกับการใช้สิทธิไล่เบี้ยในกรณีที่เกิดการละเมิดขึ้นแก่เอกชนดังกล่าวข้างต้น แต่ถ้าไม่ได้เป็นการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่ หน่วยงานของรัฐก็ไม่มีอำนาจเช่นนั้น ต้องฟ้องร้องคดีไปตามปกติ

ศาสตราจารย์ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์<sup>177</sup> ได้ให้คำอธิบายในเรื่องนี้ว่า มาตรา 12 กำหนดว่าในกรณีที่เจ้าหน้าที่ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนที่หน่วยงานของรัฐได้ใช้ให้แก่ผู้เสียหายตาม มาตรา 8 หรือในกรณีที่เจ้าหน้าที่ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเนื่องจากได้กระทำละเมิดต่อหน่วยงานของรัฐตามมาตรา 10 ประกอบกับมาตรา 8 ซึ่งเป็นเรื่องละเมิดทางปกครองที่อาจจะมี 2 กรณี คือ กรณีละเมิดทางปกครองที่ทำให้บุคคลภายนอกเสียหายและกรณีละเมิดทางปกครองที่ทำให้ทรัพย์สินของหน่วยงานของรัฐเสียหาย ทั้งสองกรณีนี้อยู่ในบังคับของมาตรา 12 แต่ถ้าเจ้าหน้าที่กระทำละเมิดต่อหน่วยงานของรัฐ โดยส่วนตัวก็เป็นละเมิดเอกชนที่หน่วยงานของรัฐต้องไปฟ้องเจ้าหน้าที่ผู้นั้นต่อศาล โดยใช้หลักกฎหมายแพ่ง

มาตรา 12 นี้ให้อำนาจแก่หน่วยงานของรัฐที่เสียหายที่จะออกคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ผู้นั้นชำระเงินภายในเวลาที่กำหนดได้โดยไม่ต้องเรียกให้เจ้าหน้าที่มาทำสัญญาประนีประนอมยอมความ อย่างในอดีตที่เคยทำกันมา การออกคำสั่งตามมาตรา 12 นี้เป็นมาตรการพิเศษซึ่งจะต้องโยกกลับไปพิจารณามาตรา 55 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 ซึ่งกำหนด

<sup>176</sup> สะท้อน ชูสกุล, *สาระสำคัญของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองและความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่*, กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2540, หน้า 39

<sup>177</sup> ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์, *เอกสารถอดเทปการบรรยายเรื่องกฎหมายความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่*, กรุงเทพฯ, 2540, หน้า 21

ว่าการบังคับทางปกครองไม่ใช้กับเจ้าหน้าที่ เว้นแต่จะมีกฎหมายกำหนดไว้เป็นอย่างอื่นก็ถือว่า มาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัตินี้กำหนดการบังคับทางปกครองไว้เป็นอย่างอื่นจึงนำมาใช้บังคับกับ เจ้าหน้าที่ได้ ส่วนวิธีการนำมาใช้บังคับนั้น ในกรณีนี้เป็นหนี้เงินจึงอยู่ในบังคับมาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 ซึ่งกำหนดว่า ทางราชการจะต้องออกคำสั่ง ให้ชำระเงินภายในระยะเวลาเท่าใด ถ้าไม่ชำระทางราชการก็จะออกหนังสือเตือนให้ชำระภายใน ระยะเวลาที่กำหนด ซึ่งต้องไม่น้อยกว่า 7 วัน ถ้ายังไม่ชำระอีกก็จะดำเนินการยึดหรืออายัดทรัพย์สิน และขายทอดตลาดต่อไป<sup>178</sup> คำสั่งตามมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติฉบับนี้เป็น “คำสั่งทางปกครอง ที่เป็นรากฐาน แห่งการบังคับ” ในการบังคับตามคำสั่งดังกล่าวหน่วยงานของรัฐต้องออกคำสั่งยึด หรืออายัดทรัพย์สิน คำสั่งยึดหรืออายัดทรัพย์สินนี้เรียกว่า “คำสั่งบังคับการ” การบังคับทางปกครองกรณีของ คำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้ชำระเงินซึ่งได้รับการบัญญัติไว้ในมาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติวิธี ปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 นั้น ประกอบไปด้วยเงื่อนไข 3 ประการ คือ<sup>179</sup>

(1) องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องออกคำสั่งทางปกครองกำหนดให้ผู้ใด ผู้หนึ่งชำระเงิน

(2) กำหนดระยะเวลาชำระเงินมาถึงแล้ว และ

(3) องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้ออกหนังสือเตือนให้ชำระเงินภายในระยะเวลาที่กำหนด โดยระยะเวลาที่กำหนดในหนังสือเตือนต้องไม่น้อยกว่าเจ็ดวัน และกำหนดเวลาดังกล่าวได้ล่วงพ้นไปโดยไม่มีชำระเงิน

ในกรณีที่เงื่อนไขแห่งการเริ่มกระบวนการบังคับทางปกครองตามมาตรา 57 นี้ดำรงอยู่โดยครบถ้วน องค์กรฝ่ายปกครองย่อมดำเนินการบังคับทางปกครองได้ ทั้งนี้ โดยการยึดหรืออายัดทรัพย์สินเจ้าหน้าที่ที่ได้รับคำสั่งให้ชำระเงินออกขายทอดตลาดเพื่อชำระเงินให้ครบถ้วน โดยวิธีการยึด การอายัด และการขายทอดตลาดทรัพย์สินนั้นให้ปฏิบัติตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง โดยอนุโลม มีข้อสังเกตว่าบทบัญญัติในส่วนนี้ยังคงเป็นปัญหาอยู่ในการบังคับใช้และอาจต้องแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายในส่วนนี้ให้ชัดเจนยิ่งขึ้น อย่างไรก็ตามมีข้อพิจารณาว่าในกระบวนการบังคับทางปกครอง อาจมีการใช้อำนาจตามกฎหมายได้ในหลายลักษณะ ทั้งที่เป็นคำสั่งทางปกครองและปฏิบัติการทางปกครอง แต่ไม่ว่าอย่างไรก็ตามการใช้อำนาจในกระบวนการบังคับทางปกครองที่เป็นการออกคำสั่งทางปกครอง หรือการใช้กำลังทางกายภาพ

<sup>178</sup> ชาญชัย แสวงศักดิ์, คำอธิบายกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่และความรับผิดชอบของรัฐ โดยปราศจากความผิด, 2555, หน้า 127

<sup>179</sup> วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, กฎหมายปกครองภาคทั่วไป, หน้า 425



ของฝ่ายปกครองแล้วแต่ต้องตกอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ว่าด้วยการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายเช่นกัน

## 2. หลักกฎหมายเกี่ยวกับการพิจารณาทางปกครอง ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539

### 2.1 องค์กรฝ่ายปกครองผู้พิจารณาออกคำสั่งทางปกครอง

การพิจารณาเพื่อออกคำสั่งของฝ่ายปกครองจะมีผู้เข้ามามีบทบาทหรือมีส่วนร่วมในการพิจารณาด้วยกันสองฝ่าย คือ องค์กรฝ่ายปกครองหรือเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจพิจารณาออกคำสั่งทางปกครอง และคู่กรณีผู้กระทบกระเทือนจากคำสั่งทางปกครอง ซึ่งในส่วนขององค์กรฝ่ายปกครองหรือเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครอง มีหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่ต้องพิจารณา ดังนี้

#### 2.1.1 อำนาจหน้าที่ของฝ่ายปกครอง และเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่ง

ตามมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 บัญญัติว่า “คำสั่งทางปกครองจะต้องกระทำโดยเจ้าหน้าที่ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ในเรื่องนั้น” ซึ่งตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติเดียวกันบัญญัติว่า “เจ้าหน้าที่ หมายความว่า บุคคล คณะบุคคลหรือนิติบุคคลซึ่งใช้อำนาจหรือได้รับมอบให้ใช้อำนาจทางปกครองของรัฐในการดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดตามกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการจัดตั้งขึ้นในระบบราชการ รัฐวิสาหกิจหรือกิจการอื่นของรัฐหรือไม่ก็ตาม” กล่าวคือ เจ้าหน้าที่ที่จะสามารถในการทำคำสั่งทางปกครองจะต้องเป็นเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจ ในเรื่องนั้นๆ โดยความสามารถนี้อาจเกิดขึ้นได้โดยกฎหมายกำหนดหรือได้รับมอบอำนาจโดยถูกต้องตามกฎหมาย เช่น มาตรา 40 แห่งพระราชบัญญัติวัดอุณหัตถาย พ.ศ.2535 กำหนดให้นายทะเบียนมีอำนาจเพิกถอนทะเบียนของวัดอุณหัตถายที่ไม่ถูกต้องได้ ซึ่งโดยหลักการแล้วการให้อำนาจทางปกครองจะต้องกระทำด้วยความระมัดระวัง เพราะอำนาจนี้อาจใช้ไปปลงล้างทำลายสิทธิของบุคคลได้ การให้ผู้ใดมีอำนาจจึงกำหนดไว้ในกฎหมาย<sup>180</sup> การกระทำโดยไม่มีอำนาจเป็นการกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมายที่ร้ายแรงมาก ซึ่งเป็นกรณีที่กระทบกระเทือนต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน ซึ่งศาลเห็นเองได้โดยไม่ต้องถูกหยิบยกเป็นประเด็นขึ้นมาในคดี แต่ความไม่มีอำนาจนี้เป็นความผิดที่ร้ายแรงมากน้อยต่างกันขึ้นอยู่กับว่าเป็นเพียงการเข้าไปก้าวก่าย ในอำนาจหน้าที่ของบุคคลอื่น หรือว่าเป็นการถึงขั้นยึดอำนาจ เพราะผู้กระทำการ ไม่ใช่แม้แต่เป็นเจ้าหน้าที่ของ

<sup>180</sup> ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศาสตร์, *กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง*, กรุงเทพฯ: จีระราชการพิมพ์, 2540, หน้า 258

รัฐด้วยซ้ำไป ในการพิจารณาอำนาจหน้าที่ขององค์กรฝ่ายปกครองว่า องค์กรฝ่ายปกครองใดจะมีอำนาจหน้าที่ในเรื่องนั้นหรือไม่ สามารถพิจารณาได้จากหลักการ<sup>181</sup> ดังนี้

1) *พิจารณาในแง่ของเรื่องที่มีอำนาจ* คำสั่งทางปกครองต้องออกโดยองค์กรฝ่ายปกครองซึ่งทรงอำนาจในเรื่องนั้น โดยเหตุที่ระบบกฎหมายไทย การกำหนดองค์กรฝ่ายปกครองที่มีอำนาจออกคำสั่งทางปกครองมักจะไม่ได้กำหนดโดยค้ำึงถึง “หน่วยงาน” เหมือนในต่างประเทศ แต่จะกำหนดโดยค้ำึงถึงตำแหน่ง การพิจารณาอำนาจหน้าที่ขององค์กรที่มีอำนาจออกคำสั่ง ทางปกครองจึงมักจะเป็นการพิจารณาลงไปที่ “ตำแหน่ง” ขององค์กรเจ้าหน้าที่เป็นสำคัญ อย่างไรก็ตาม การทำความเข้าใจเกี่ยวกับองค์กรฝ่ายปกครองเป็นเรื่องที่สำคัญ เช่น ในเบื้องต้นต้อง พิจารณาให้ชัดเจนเสียก่อนว่าเรื่องที่จะออกคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นอำนาจขององค์กรฝ่ายปกครองส่วนกลาง (กระทรวง ทบวง กรม) หรือเป็นอำนาจขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น (องค์การบริหารส่วนจังหวัด เทศบาล องค์การบริหารส่วนตำบล กรุงเทพมหานคร เมืองพัทยา) หรือเป็นอำนาจขององค์กรวิชาชีพ (เช่น สภานายความ) องค์กรฝ่ายปกครองส่วนกลางจะออกคำสั่งทางปกครองซึ่งตามกฎหมาย เป็นอำนาจขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือองค์กรวิชาชีพไม่ได้ มีข้อสังเกตว่าองค์กรฝ่ายปกครองส่วนกลางอาจมอบภารกิจในเรื่องที่อยู่ในอำนาจของตนให้ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจัดทำภารกิจแทนตนเองได้หากได้มีการมอบหมายภารกิจเช่นว่าแล้ว ย่อมต้องถือว่าองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นหน่วยที่มีอำนาจในการดำเนินกิจกรรมทางปกครองในเรื่องนั้น

2) *พิจารณาในแง่พื้นที่ที่มีอำนาจ* นอกจากการพิจารณาในแง่ของเรื่องที่มีอำนาจแล้ว องค์กรฝ่ายปกครองที่มีอำนาจแล้ว องค์กรฝ่ายปกครองจะต้องใช้อำนาจภายในพื้นที่ที่ตนมีอำนาจด้วย เช่น เทศบาลจะออกคำสั่งทางปกครองให้มีผลบังคับได้เฉพาะในเขตพื้นที่ของตนเท่านั้นจะก้าวล่วงไปออกคำสั่งทางปกครองให้มีผลบังคับนอกเขตพื้นที่ของตนไม่ได้

3) *พิจารณาในแง่ของตำแหน่งขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีอำนาจ* เมื่อทราบว่าองค์กรฝ่ายปกครองใดมีอำนาจออกคำสั่งทางปกครองในเรื่องใดและในเขตพื้นที่ใดแล้ว ประเด็นที่ต้องพิจารณาต่อไป คือ องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองตำแหน่งใดเป็นองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีอำนาจออกคำสั่งทางปกครอง ในหลายกรณีระบบกฎหมายไทยมีกระบวนตำแหน่งขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีอำนาจออกคำสั่งทางปกครองไว้ในกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ เช่น พระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ.2509 บัญญัติให้ผู้บัญชาการตำรวจนครบาลเป็นผู้มีอำนาจออกคำสั่งเพิกถอนใบอนุญาตประกอบกิจการสถานที่ตั้งอยู่ในเขตกรุงเทพมหานคร เป็นต้น เมื่อกรณีกฎหมายกำหนดตำแหน่งขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในการออกคำสั่งทางปกครองไว้

<sup>181</sup> วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, *กฎหมายปกครองภาคทั่วไป*, หน้า 162

แล้ว องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองตำแหน่งอื่น ไม่ว่าจะอยู่ในลำดับชั้นต่ำกว่าหรือสูงกว่า ย่อมไม่อาจใช้อำนาจของตำแหน่งที่กฎหมายได้ระบุไว้ ออกคำสั่งทางปกครองด้วยตนเองได้ ในกรณีที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่จะอยู่ในฐานะเป็นผู้บังคับบัญชาต้องการออกคำสั่งทางปกครอง องค์กรผู้บังคับบัญชาย่อมต้องสั่งการให้องค์กรผู้ใต้บังคับบัญชาดำเนินการ เว้นแต่ เป็นกรณีฉุกเฉินเร่งด่วน และองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่เป็นผู้ใต้บังคับบัญชาไม่อยู่ในฐานะที่จะออกคำสั่งทางปกครองได้

4) พิจารณาในแง่ตัวบุคคลที่มีอำนาจในตำแหน่ง เมื่อทราบว่าองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองตำแหน่งใดเป็นองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีอำนาจออกคำสั่งทางปกครองแล้ว ย่อมต้องพิจารณาต่อไปว่าองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองคนใดเป็นองค์กรเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจออกคำสั่งทางปกครอง องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองคนใดได้รับการแต่งตั้งให้เข้าดำรงตำแหน่งที่มีอำนาจออกคำสั่งทางปกครอง องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้นั้นย่อมมีอำนาจออกคำสั่งทางปกครองในขอบเขตแห่งอำนาจหน้าที่ในตำแหน่งที่ตนได้รับแต่งตั้งนั้น และเมื่อต่อมาในภายหลัง จะปรากฏว่าองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ผู้นั้นขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้ามหรือการแต่งตั้งไม่ชอบด้วยกฎหมาย อันเป็นเหตุให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้นั้นต้องพ้นจากตำแหน่งระบบกฎหมายไทยก็ถือว่าการพ้นจากตำแหน่งเช่นว่านี้ ย่อมไม่กระทบต่อการใดๆ ที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้นั้นได้ปฏิบัติไปตามอำนาจหน้าที่<sup>182</sup> อย่างไรก็ตามองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีอำนาจในตำแหน่งอาจไม่มีอำนาจทำคำสั่งทางปกครองเรื่องใดเรื่องหนึ่งได้ หากปรากฏว่าตนเป็นเจ้าหน้าที่ที่มีลักษณะต้องห้ามมิให้ดำเนินกระบวนพิจารณาทางปกครอง

### 2.1.2 ความดำรงอยู่ในทางกฎหมาย

ในการพิจารณาออกคำสั่งทางปกครองนอกจากจะต้องพิจารณาถึงอำนาจขององค์กรฝ่ายปกครองและเจ้าหน้าที่ตามที่ได้กล่าวมาแล้วนั้น ยังมีหลักเกณฑ์ที่ต้องพิจารณาอีกกรณี คือ ความดำรงอยู่ในทางกฎหมายขององค์กรฝ่ายปกครอง และเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครอง ซึ่งมีหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับการออกคำสั่งทางปกครองที่ต้องพิจารณา ดังนี้

1) เจ้าหน้าที่ต้องได้รับการแต่งตั้งโดยชอบ บุคคลซึ่งทำการพิจารณาทางปกครองในเรื่องใด ต้องได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งซึ่งมีอำนาจทำการพิจารณาทางปกครองในเรื่องนั้น การพิจารณาทางปกครองในเรื่องใดที่ทำโดยบุคคลซึ่งไม่เคยได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งซึ่งมีอำนาจทำการพิจารณาทางปกครองในเรื่องนั้นเลยไม่ว่าในเวลาใดๆ แต่ได้แสดง

<sup>182</sup> พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 มาตรา 19 บัญญัติว่า “ถ้าปรากฏภายหลังว่าเจ้าหน้าที่หรือกรรมการในคณะกรรมการที่มีอำนาจพิจารณาทางปกครองใดขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้ามหรือการแต่งตั้งไม่ชอบด้วยกฎหมาย อันเป็นเหตุให้ผู้นั้นต้องพ้นจากตำแหน่ง การพ้นจากตำแหน่งเช่นว่านี้ไม่กระทบกระเทือนถึงการใดที่ผู้นั้นได้ปฏิบัติไปตามอำนาจหน้าที่”

เจตนาว่าเป็นผู้ดำรงตำแหน่งดังกล่าวยอมไม่ชอบด้วยกฎหมาย และในสายตาของกฎหมายแล้วถือว่าเป็นโมฆะ เช่น พระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ.2509 ผู้บัญชาการตำรวจนครบาลเป็นเจ้าหน้าที่ผู้ทรงอำนาจออกใบอนุญาตตั้งสถานบริการ ดังนั้น ถ้าพลตำรวจโท ก. ไม่เคยได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งผู้บัญชาการตำรวจนครบาลและใช้อำนาจในตำแหน่งดังกล่าวออกใบอนุญาตตั้งสถานบริการให้แก่บุคคลใดไป ใบอนุญาตฉบับนี้ย่อมเป็นโมฆะ ไม่มีผลทางกฎหมายตั้งแต่ต้น<sup>183</sup> เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจพิจารณาทางปกครองอาจเป็นบุคคลเดียวเรียกว่า “องค์กรเดียว” หรือคณะบุคคล (คณะกรรมการ) ที่เรียกว่า “องค์กรกลุ่ม” ก็ได้ แต่ทั้งนี้เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจพิจารณาทางปกครองต้องได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งที่มีอำนาจพิจารณาทางปกครองในเรื่องนั้น คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยบุคคลที่ไม่เคยได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งที่มีอำนาจพิจารณาทางปกครองในเรื่องนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย<sup>184</sup> ในกรณีของเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจพิจารณาทางปกครองเป็นคณะกรรมการ คณะกรรมการซึ่งมีอำนาจทำการพิจารณาทางปกครองจะต้องมีองค์ประกอบครบจำนวนที่กฎหมายกำหนดไว้เสียก่อน จึงจะทำการพิจารณาทางปกครองในเรื่องนั้นได้ ซึ่งกฎหมายที่จัดตั้งคณะกรรมการซึ่งมีอำนาจทำการพิจารณาทางปกครองจะกำหนดไว้เสมอว่าให้คณะกรรมการคณะนั้น ประกอบด้วยประธานกรรมการและกรรมการจำนวนกี่คน คณะกรรมการจะเริ่มต้นใช้อำนาจทำการพิจารณาทางปกครองได้ก็ต่อเมื่อได้มีการแต่งตั้งประธานกรรมการ และกรรมการครบจำนวนที่กฎหมายกำหนดไว้แล้ว การพิจารณาทางปกครองที่ทำลงโดยคณะกรรมการซึ่งยังไม่มีองค์ประกอบครบจำนวนที่กฎหมายกำหนดไว้ย่อมไม่สมบูรณ์ แม้ว่าจะได้มีการแต่งตั้งประธานและกรรมการจนมีจำนวนมากพอที่จะเป็นองค์ประชุมได้แล้วก็ตาม มีข้อสังเกตว่า คณะกรรมการซึ่งมีอำนาจทำการพิจารณาทางปกครองบางคณะ ประกอบด้วยผู้ดำรงตำแหน่งต่างๆ หรือที่เรียกว่า “กรรมการโดยตำแหน่ง” โดยสิ้นเชิง บางคณะประกอบด้วยผู้ทรงคุณวุฒิในวิชาการหรือวิชาชีพสาขาต่างๆ หรือที่เรียกว่า “กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ” โดยสิ้นเชิง และบางคณะประกอบด้วยกรรมการโดยตำแหน่งผสมกับกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ เฉพาะแก่กรรมการประเภทหลังเท่านั้นที่มีปัญหาว่าในเวลาเริ่มต้นใช้อำนาจทำการพิจารณาทางปกครองคณะกรรมการมีองค์ประกอบครบแล้วหรือยัง คณะกรรมการที่ประกอบด้วย กรรมการโดยตำแหน่งโดยสิ้นเชิงย่อมมีองค์ประกอบครบจำนวนที่กฎหมายกำหนดไว้เสมอ ทั้งนี้ เพราะจะต้องมีผู้ดำรงตำแหน่งเหล่านั้นอยู่ตลอดเวลาหากตำแหน่งเหล่านั้นว่างลง ด้วยเหตุใดๆ ก็ตาม และยังไม่ได้มีการแต่งตั้งให้ผู้ใดดำรงตำแหน่งเหล่านั้น ก็จะต้องมีผู้ดำรงตำแหน่งอื่นเข้ามาดำรงตำแหน่งนั้นเป็นการชั่วคราวในฐานะผู้รักษาราชการแทน

<sup>183</sup> ชาญชัย แสวงศักดิ์, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง, กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2549, หน้า 222

<sup>184</sup> สุริยา ปานแป้น, คู่มือสอบกฎหมายปกครอง, กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2554, หน้า 62

อยู่ดี<sup>185</sup> เมื่อได้มีการแต่งตั้งประธานกรรมการและกรรมการในคณะกรรมการซึ่งมีอำนาจพิจารณาทางปกครองครบจำนวนที่กฎหมายกำหนดไว้แล้ว คณะกรรมการก็เริ่มต้นใช้อำนาจทำการแทนพิจารณาทางปกครองได้ตามกฎหมาย และถึงแม้จะปรากฏในภายหลังว่า การแต่งตั้งกรรมการบางคนเป็นไปโดยมิชอบด้วยกฎหมาย เพราะเหตุที่ผู้ทำการแต่งตั้งมิใช่เจ้าหน้าที่ซึ่งมีอำนาจแต่งตั้งกรรมการผู้นั้นขาดคุณสมบัติที่จะเป็นกรรมการในคณะกรรมการขณะนั้นได้ หรือกรรมการผู้นั้นมีลักษณะต้องห้ามมิให้เป็นกรรมการในคณะกรรมการขณะนั้นอันเป็นเหตุให้กรรมการผู้นั้นต้องพ้นจากตำแหน่งในภายหลัง การพ้นจากตำแหน่งของกรรมการผู้นั้นก็ไม่กระทบกระเทือนถึงความสมบูรณ์ของการพิจารณาทางปกครองที่กรรมการผู้นั้นได้ทำไปในหน้าที่กรรมการ ทั้งนี้ จะเห็นได้จากความในมาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 ที่บัญญัติว่า “ถ้าปรากฏภายหลังว่าเจ้าหน้าที่หรือกรรมการในคณะกรรมการที่มีอำนาจพิจารณาทางปกครองใดขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้ามหรือการแต่งตั้งไม่ชอบด้วยกฎหมาย อันเป็นเหตุให้ผู้นั้นต้องพ้นจากตำแหน่ง การพ้นจากตำแหน่งเช่นนี้ไม่กระทบกระเทือนถึงการใดที่ผู้นั้นได้ปฏิบัติไปตามอำนาจหน้าที่” ดังนั้น คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ซึ่งได้รับการแต่งตั้งโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายจึงยังคงเป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายทุกประการ ตัวอย่างเช่น

ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 35/2552 การที่ศาลปกครองพิพากษาให้เพิกถอนมติของสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัดที่เลือกนาย ส. เป็นนายกองค์การบริหารส่วนจังหวัด อันเป็นผลให้การดำรงตำแหน่งนายกองค์การบริหารส่วนจังหวัดของนาย ส. แต่การดังกล่าวก็มีได้ส่งผลกระทบต่อการใดที่นาย ส. ได้กระทำไปในฐานะเป็นนายกองค์การบริหารส่วนจังหวัด ตามมาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 และเมื่อในระหว่างนั้น นาย ส. ได้ปฏิบัติหน้าที่นายกองค์การบริหารส่วนจังหวัดมาโดยตลอด ดังนั้น การที่นาย ส. ได้รับเงินเดือน ค่าตอบแทน เบี้ยประชุม และเงินอื่นที่ได้รับอันเนื่องมาจากการปฏิบัติหน้าที่ ขอมไม่อาจกล่าวได้ว่าเป็นการรับไปโดยไม่มีมูลอันจะอ้างได้ตามกฎหมาย นาย ส. จึงไม่ต้องคืนเงินค่าตอบแทน เบี้ยประชุม และเงินอื่นที่ได้รับให้แก่องค์การบริหารส่วนจังหวัด

ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 782/2551 มหาวิทยาลัยราชภัฏเชียงใหม่ ได้ดำเนินการเลือกกรรมการสภามหาวิทยาลัยก่อนครบวาระการดำรงตำแหน่งของกรรมการสภามหาวิทยาลัยชุดเดิม จึงขัดต่อมาตรา 17 วรรคหก แห่งพระราชบัญญัติมหาวิทยาลัย พ.ศ.2547 ที่ให้ดำเนินการเลือกกรรมการสภามหาวิทยาลัยชุดใหม่ภายใน 90 วันนับแต่วันที่กรรมการสภามหาวิทยาลัยชุดเดิมพ้นจากตำแหน่ง การดำเนินการเพื่อให้ได้มาซึ่งกรรมการสภา

<sup>185</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “เจ้าหน้าที่ซึ่งมีอำนาจทำการพิจารณาทางปกครอง”, ในรวมบทความทางวิชาการกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539, 2541, หน้า 39

มหาวิทยาลัยจึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย บุคคลดังกล่าวไม่อาจดำรงตำแหน่งกรรมการสภามหาวิทยาลัย ได้ตั้งแต่เริ่มแรก ทำให้กรรมการสภามหาวิทยาลัยชุดใหม่ต้องพ้นจากตำแหน่งในทันทีที่ได้รับเลือก อย่างไรก็ตาม การดำเนินการต่างๆ ของกรรมการสภามหาวิทยาลัยชุดใหม่ที่ได้กระทำไปแล้ว ตามอำนาจหน้าที่ย่อมไม่เสียเปล่าและมีผลใช้บังคับได้ต่อไปตามมาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539

2) *ต้องดำเนินการประชุมโดยชอบ* ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจพิจารณาทางปกครองเป็นคณะกรรมการซึ่งเป็นองค์กรกลุ่ม การใช้อำนาจพิจารณาทางปกครองของคณะกรรมการดังกล่าวต้องกระทำโดยที่ประชุม ซึ่งการที่กฎหมายมอบให้คณะกรรมการคณะหนึ่ง คณะใดใช้อำนาจทางปกครองของรัฐทำการพิจารณาทางปกครองเรื่องหนึ่งเรื่องใด ก็ด้วยความมุ่งหมายที่จะให้บรรดาบุคคลที่ประกอบกันขึ้นเป็นคณะกรรมการนั้น ได้ร่วมกันแสดงความคิดเห็นทั้งในปัญหาข้อเท็จจริงและปัญหาข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเรื่องที่ต้องออกคำสั่งทางปกครอง และร่วมกันตัดสินใจออกคำสั่งทางปกครอง เสนอแนะให้ออกคำสั่งทางปกครองหรืออนุมัติหรือให้ความเห็นชอบในการออกคำสั่งทางปกครองแล้วแต่กรณี ภายหลังจากที่ได้แสดงอภิปรายแสดงเหตุผลสนับสนุนและหักล้างซึ่งกันและกันอย่างกว้างขวางแล้ว โดยนับนี้คำสั่งทางปกครอง ข้อเสนอแนะให้ออกคำสั่งทางปกครอง หรือคำอนุมัติ หรือความเห็นชอบในการออกคำสั่งทางปกครองจึงเป็นผลผลิตของเจตนาอันร่วมกันของบรรดาบุคคลที่ประกอบกันขึ้นเป็นคณะกรรมการ คณะนั้นที่ได้แสดงออกมาโดยทราบข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายอย่างรอบด้าน ความมุ่งหมายดังกล่าวของกฎหมายจะปรากฏเป็นจริงขึ้นมาได้ก็แต่โดยการที่คณะกรรมการนั้นประชุมกันพิจารณาเรื่องที่จะต้องออกคำสั่งทางปกครองเท่านั้น ดังนั้น คำสั่งทางปกครอง ข้อเสนอแนะให้ออกคำสั่งทางปกครองหรือคำอนุมัติหรือความเห็นชอบในการออกคำสั่งทางปกครองแล้วแต่กรณีที่ประธานกรรมการได้ตัดสินใจกระทำลงไปภายหลังจากที่ได้ปรึกษากรรมการอื่นๆ ด้วยวาจาหรือเป็นหนังสือย่อมไม่สมบูรณ์ แม้ว่าประธานกรรมการจะตัดสินใจกระทำลงไปโดยคล้อยตามความเห็นของกรรมการส่วนใหญ่ก็ตาม<sup>186</sup> ในการประชุมของคณะกรรมการเพื่อทำการพิจารณาทางปกครองแต่ละครั้ง ประธานกรรมการจะต้องเปิดโอกาสให้กรรมการทุกคนเข้ามีส่วนร่วมในการอภิปรายแสดงความคิดเห็นและในการตัดสินใจ ด้วยเหตุนี้ การประชุมของคณะกรรมการเพื่อจัดให้มีคำสั่งทางปกครองจึงต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดไว้ทุกขั้นตอน ซึ่งตามมาตรา 80 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 บัญญัติว่า

<sup>186</sup> วรพจน์ วิสรุตพิชญ์, “เจ้าหน้าที่ซึ่งมีอำนาจทำการพิจารณาทางปกครอง”, ในรวมบทความทางวิชาการกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539, หน้า 16

“การประชุมให้เป็นไปตามระเบียบการที่คณะกรรมการกำหนด

การนัดประชุมต้องทำเป็นหนังสือและแจ้งให้กรรมการทุกคนทราบล่วงหน้าไม่น้อยกว่าสามวัน เว้นแต่กรรมการนั้นจะได้ทราบการบอกนัดในที่ประชุมแล้ว กรณีดังกล่าวนี้จะทำหนังสือแจ้งนัดเฉพาะกรรมการที่ไม่ได้มาประชุมก็ได้

บทบัญญัติในวรรคสองมิให้นำมาใช้บังคับในกรณีมีเหตุจำเป็นเร่งด่วนซึ่งประธานกรรมการจะนัดประชุมเป็นอย่างอื่นก็ได้”

การประชุมครั้งใดที่ไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์นี้ เช่น การนัดประชุมไม่ได้ทำเป็นหนังสือ ไม่ได้แจ้งการนัดประชุมให้กรรมการทุกคนทราบล่วงหน้าไม่น้อยกว่าสามวัน ย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น จึงส่งผลกระทบต่อความสมบูรณ์ของมติที่ประชุมด้วย ทั้งนี้โดยมีพัก ต้องคำนึงว่าการประชุมครั้งนั้นจะมีการประชุมมากพอที่จะเป็นองค์ประชุมหรือไม่ แต่อย่างไรก็ตามหลักเกณฑ์ดังกล่าวมีข้อยกเว้น ดังนี้

(1) ได้มีการบอกนัดประชุมแล้วในที่ประชุมครั้งก่อน และกรรมการที่ไม่ได้รับหนังสือนัดประชุมหรือกรรมการที่ได้รับหนังสือนัดประชุมช้ากว่าที่กำหนดก็อยู่ในที่ประชุมครั้งก่อนด้วย หรือ

(2) กรรมการที่ไม่ได้รับหนังสือนัดประชุมหรือกรรมการที่ได้รับหนังสือนัดประชุมช้ากว่าที่กำหนดมาประชุมด้วย และไม่ได้แสดงปฏิญญาคัดค้านการประชุมแต่อย่างใด

(3) มีเหตุจำเป็นเร่งด่วนซึ่งประธานกรรมการจะนัดประชุมเป็นอย่างอื่นก็ได้ นอกจากนี้การลงมติของที่ประชุมต้องมี “องค์มติ” ครบจำนวนที่กฎหมายกำหนดไว้ในกรณีที่กฎหมายเฉพาะไม่ได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่นการลงมติของที่ประชุมให้ถือเสียงข้างมากตามมาตรา 82 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติฉบับเดียวกัน ดังนั้น มติของที่ประชุมจะต้องมีคะแนนเสียงมากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนกรรมการทั้งหมดที่มาประชุม ในกรณีกรรมการบางคนงดออกเสียงจะต้องไม่นับคะแนนของกรรมการคนนั้นไปรวมกับฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ว่าฝ่ายเห็นด้วยหรือฝ่ายคัดค้าน และในกรณีที่คณะกรรมการนั้นเป็นคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทซึ่งกฎหมายย่อมคาดหมายให้ใช้ดุลพินิจชี้ขาดข้อพิพาทไปในทางใดทางหนึ่ง กรรมการในคณะกรรมการประเภทนี้จึงไม่ควรงดออกเสียงอย่างยิ่ง

3) *ต้องมีความเป็นกลาง* ในการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่รัฐ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการออกคำสั่งทางปกครอง พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 ได้วางหลักเกณฑ์ทั่วไปในการปฏิบัติราชการของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเพื่อให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้เป็นหลักการในการปฏิบัติราชการทางปกครอง โดยเจ้าหน้าที่ผู้พิจารณาเรื่องทางปกครองและผู้ที่ทำคำสั่งทางปกครองจะต้องไม่มีส่วนได้เสียในเรื่องนั้นเพื่อหลักประกันความเป็นธรรม การพิจารณา

โดยเปิดเผยจะเป็นมาตรการที่เหมาะสม และเป็นหลักประกันว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่ต้องรับผิดชอบเรื่องนั้นๆ ไม่มีส่วนได้เสียในการพิจารณาเรื่องดังกล่าว เพราะถ้าหากว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำการเพื่อประโยชน์ส่วนตนและพิจารณาวินิจฉัยสั่งการในเรื่องทางปกครองอย่างมีอคติหรือไม่เป็นกลางแล้วก็จะส่งผลในทางลบต่อการวินิจฉัยสั่งการของตนอย่างแน่นอน<sup>187</sup> โดยพระราชบัญญัติดังกล่าวได้บัญญัติห้ามมิให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองทำการพิจารณาทางปกครองในสองกรณี คือกรณีองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้นั้นมีลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุแห่งความไม่เป็นกลางโดย สภาพภายนอก และกรณีที่ปรากฏเหตุอันควรกังวลว่าองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้นั้นไม่มีความเป็นกลางหรือเหตุแห่งความไม่เป็นกลางโดยสภาพภายใน ซึ่งสามารถอธิบายได้ ดังนี้

ก. ความไม่เป็นกลางโดยสภาพภายนอก ซึ่งส่งผลให้องค์กรเจ้าหน้าที่ ฝ่ายปกครองผู้นั้นต้องห้ามมิให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาทางปกครองนั้น เป็นการพิจารณาจาก ฐานะของเจ้าหน้าที่มิได้พิจารณาจากพฤติการณ์หรือสภาพจิตใจ ดังนั้น แม้ปรากฏว่าโดยพฤติการณ์หรือสภาพทางจิตใจขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้นั้นจะมีความเที่ยงธรรมและเป็นกลาง อย่างมากก็ตาม แต่ถ้าปรากฏเหตุแห่งความไม่เป็นกลางโดยสภาพภายนอกแล้ว องค์กรเจ้าหน้าที่ ฝ่ายปกครองผู้นั้นย่อมกลายเป็นเจ้าหน้าที่ที่ต้องห้ามมิให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาทางปกครองทันที พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 ได้บัญญัติเรื่องนี้ไว้ในมาตรา 13 ว่า

“เจ้าหน้าที่ดังต่อไปนี้จะทำการพิจารณาทางปกครองไม่ได้

- (1) เป็นคู่กรณีเอง
- (2) เป็นคู่หมั้นหรือคู่สมรสของคู่กรณี
- (3) เป็นญาติของคู่กรณี คือ เป็นบุพการีหรือผู้สืบสันดานไม่ว่าชั้นใด ๆ หรือเป็น พี่น้องหรือลูกพี่ลูกน้องนับได้เพียงภายในสามชั้น หรือเป็นญาติเกี่ยวพันทางแต่งงานนับได้เพียง สองชั้น
- (4) เป็นหรือเคยเป็นผู้แทนโดยชอบธรรมหรือผู้พิทักษ์หรือผู้แทนหรือตัวแทน ของคู่กรณี
- (5) เป็นเจ้านี่หรือลูกหนี้ หรือเป็นนายจ้างของคู่กรณี
- (6) กรณีอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง”

จากบทบัญญัติมาตรา 13 นี้จะเห็นได้ว่าส่วนใหญ่จะได้แก่กรณีที่เจ้าหน้าที่มีความ สัมพันธ์ทางด้านใดด้านหนึ่งอย่างใกล้ชิดกับคู่กรณีจนอาจเกิดความไม่เป็นกลาง

<sup>187</sup> กมลชัย รัตนสกาววงศ์, *สาระสำคัญของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539*, กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2539, หน้า 18



ขึ้นได้ เช่น เป็นคู่หมั้นหรือคู่สมรสของกลุ่ม เป็นญาติของกลุ่ม ฯลฯ และในกรณีที่เจ้าหน้าที่นั้น เป็นคู่กรณีเอง นอกจากนั้นอาจมีความไม่เป็นกลางจากเหตุอื่นๆ เกี่ยวกับสถานภาพหรือฐานะของ เจ้าหน้าที่ที่ที่กฎหมายกำหนดให้มีความยึดหยุ่น โดยให้ฝ่ายบริหารไปกำหนดกรณีอื่นเพิ่มเติมจากที่มีการ บัญญัติไว้โดยกำหนดเป็นกฎกระทรวง<sup>188</sup>

ข. ความไม่เป็นกลางโดยสภาพภายใน ตามมาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 ได้บัญญัติว่า “ในกรณีมีเหตุอื่นใดนอกจากที่บัญญัติไว้ใน มาตรา ๑๓ เกี่ยวกับเจ้าหน้าที่หรือกรรมการในคณะกรรมการที่มีอำนาจพิจารณาทางปกครองซึ่งมี สภาพร้ายแรงอันอาจทำให้การพิจารณาทางปกครองไม่เป็นกลาง เจ้าหน้าที่หรือกรรมการผู้นั้นจะ ทำการพิจารณาทางปกครองในเรื่องนั้นไม่ได้” กล่าวคือ เหตุที่มีสภาพร้ายแรงอันอาจทำให้การ พิจารณาทางปกครองไม่เป็นกลาง คือ เหตุที่อาจก่อให้เกิดความไว้วางใจ หรือพิจารณาจาก ประโยชน์สาธารณะแล้วเห็นได้ว่าวิญญูชนทั่วไปย่อมไม่อาจไว้วางใจให้เจ้าหน้าที่ผู้นั้นใช้อำนาจ ทางปกครองได้ ตัวอย่างของเหตุที่มีสภาพร้ายแรงซึ่งส่งผลให้เจ้าหน้าที่ต้องห้ามมิให้ดำเนินการ พิจารณาทางปกครองตามมาตรา 16 นี้ ได้แก่ กรณีที่เจ้าหน้าที่เป็นมิตรหรือเป็นปฏิปักษ์กับคู่กรณี มีความสัมพันธ์ยาวนานกับคู่กรณี เป็นคู่แข่งทางการค้ากับคู่กรณี เคยแสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับ คู่กรณีมาก่อนแล้วโดยมีอคติ หรือเหตุอื่นใดที่มีลักษณะคล้ายคลึงกัน กรณีเช่น เจ้าหน้าที่ปฏิเสธ ไม่ยอมออกใบอนุญาตประกอบการสถานบริการให้แก่ผู้ขออนุญาตรายหนึ่ง เพราะเหตุที่เกรงว่า หากยอมให้เปิดสถานบริการแล้วก็จะกระทบรายได้ของผู้ประกอบการอีกรายหนึ่งที่ตั้งอยู่ใน บริเวณเดียวกันซึ่งภรรยาของตนหรือญาติมีหุ้นส่วนในกิจการดังกล่าวอยู่ด้วย กรณีนี้เห็นได้ว่า เจ้าหน้าที่ที่ไม่มีเหตุเกี่ยวกับความไม่เป็นกลางทางภาวะวิสัยเพราะไม่มีสถานะภาพความสัมพันธ์ ใดๆ กับตัวผู้ขอ แต่ขณะเดียวกันก็เห็นได้ว่าความไม่เป็นกลางเกิดขึ้น เพราะเกรงว่าจะแย่ง ลुकค้ากับร้านของภรรยาหรือญาติของตน เป็นต้น เหตุของความไม่เป็นกลางดังที่กล่าวมานี้ต้อง มีอยู่จริง เพียงแต่คู่กรณีคาดหมายเองยังไม่พอพึงว่าเจ้าหน้าที่ไม่เป็นกลาง อย่างไรก็ตามไม่ จำเป็น ต้องพิสูจน์ให้สิ้นสงสัยว่าเจ้าหน้าที่มีความไม่เป็นกลางจริง เพียงแต่ปรากฏเหตุดังกล่าว ก็เพียงพอแล้ว

## 2.2 การให้คำปรึกษาและการให้ความเห็นชอบ

ในการพิจารณาเพื่อออกคำสั่งทางปกครองกฎหมายอาจกำหนดขั้นตอนในการ ดำเนินการก่อนออกคำสั่งทางปกครอง ซึ่งขั้นตอนหนึ่งที่กฎหมายอาจจะกำหนดไว้ คือ การให้ องค์กรฝ่ายปกครอง หรือเจ้าหน้าที่ที่จะออกคำสั่งจะต้องทำการปรึกษาหารือองค์กรฝ่ายปกครอง

<sup>188</sup> บุญอนันต์ วรรณพาณิชย์, *หลักกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง*, กรุงเทพฯ: สำนักงาน ศาลปกครอง, 2545, หน้า 20

หรือเจ้าหน้าที่อีกองค์หนึ่งก่อนออกคำสั่งทางปกครอง หรือการที่องค์การฝ่ายปกครองหรือเจ้าหน้าที่ที่จะออกคำสั่งจะต้องดำเนินการให้องค์กรฝ่ายปกครองหรือเจ้าหน้าที่อีกองค์หนึ่งให้ความเห็นชอบก่อนออกคำสั่งทางปกครอง ซึ่งเหตุที่กฎหมายกำหนดให้ต้องมีการให้คำปรึกษาหรือให้ความเห็นชอบก่อนก็เพื่อประโยชน์<sup>189</sup> ดังนี้ ประการที่หนึ่ง เพื่อเป็นการประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนไม่ให้ต้องถูกระทบกระเทือนจากการใช้อำนาจในการออกคำสั่งทางปกครองเกินกว่าเหตุจำเป็นที่จะรักษาไว้ซึ่งประโยชน์มหาชน เนื่องจากการกำหนดให้มีการปรึกษาหารือก่อนที่จะได้มีการออกคำสั่งทางปกครองย่อมจะทำให้มีการถ่วงดุลการใช้อำนาจมากยิ่งขึ้น ประการที่สอง เพื่อเป็นการประกันคุณภาพหรือประสิทธิภาพในการใช้อำนาจออกคำสั่งทางปกครอง ทำให้การออกคำสั่งเป็นไปเพื่อประโยชน์มหาชนและก่อให้เกิดประสิทธิภาพมากที่สุด

คำสั่งทางปกครองที่กฎหมายกำหนดให้ต้องดำเนินการให้คำปรึกษาหารือหรือให้ความเห็นชอบก่อนออกคำสั่งทางปกครองนั้น มักจะเป็นเรื่องที่มีความสำคัญหรือมีความสลับซับซ้อน หรือเป็นกรณีที่ต้องใช้ความรู้ความเชี่ยวชาญเฉพาะทางในเรื่องนั้นๆ เช่น การพิจารณาออกคำสั่ง ทางปกครองที่เกี่ยวกับโครงสร้างที่มีมูลค่าการลงทุนสูง การพิจารณาที่เกี่ยวกับความเดือดร้อนเสียหายที่เป็นประโยชน์สาธารณะ หรือการพิจารณาออกคำสั่งทางปกครองที่ต้องมีใช้เงินหรือกระทบต่องบประมาณแผ่นดิน เป็นต้น ซึ่งการปรึกษาหารือหรือให้ความเห็นชอบดังกล่าวนี้จะเป็นการช่วยให้เจ้าหน้าที่ที่จะต้องออกคำสั่งทางปกครองได้รับข้อมูลหลายๆ ด้านจากบุคลากรหรือองค์การฝ่ายปกครองที่มีความรู้ความสามารถเชี่ยวชาญเกี่ยวกับเรื่องที่จะออกคำสั่งทางปกครองนั้น การที่กฎหมายกำหนดให้องค์กรฝ่ายปกครองหรือเจ้าหน้าที่ที่จะออกคำสั่งทางปกครองต้องดำเนินการให้องค์กรฝ่ายปกครอง หรือเจ้าหน้าที่อื่นให้คำปรึกษาหรือให้ความเห็นชอบก่อนนี้ถือเป็นเรื่องใจความสมบูรณ์ของคำสั่งทางปกครอง หากเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองไม่ดำเนินการจัดให้มีการให้คำปรึกษาหรือให้ความเห็นชอบก่อนออกคำสั่งทางปกครอง อาจส่งผลทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ เพราะการออกคำสั่งทางปกครองที่ฝ่าฝืนวิธีพิจารณาในการออกคำสั่งทางปกครอง แต่อย่างไรก็ตามบทบัญญัติมาตรา 41 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 ได้เปิดช่องให้เจ้าหน้าที่ที่สามารถแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองให้กลับมาชอบด้วยกฎหมายได้ โดยมาตรา 44 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวได้บัญญัติว่า “คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้ ไม่เป็นเหตุให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่สมบูรณ์

(1) การออกคำสั่งทางปกครองโดยยังไม่มีผู้ยื่นคำขอในกรณีที่เจ้าหน้าที่จะดำเนินการเองไม่ได้ นอกจากจะมีผู้ยื่นคำขอ ถ้าต่อมาในภายหลังได้มีการยื่นคำขอเช่นนั้นแล้ว

<sup>189</sup> เอกบุณญ วงศ์สวัสดิ์กุล, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายผังเมือง, กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2538, หน้า 53

(2) คำสั่งทางปกครองที่ต้องจัดให้มีเหตุผลตามมาตรา 37 วรรคหนึ่ง ถ้าได้มีการจัดให้มีเหตุผลดังกล่าวในภายหลัง

(3) การรับฟังคู่กรณีที่เป็นต้องกระทำได้ดำเนินการมาโดยไม่สมบูรณ์ ถ้าได้มีการรับฟังให้สมบูรณ์ในภายหลัง

(4) คำสั่งทางปกครองที่ต้องให้เจ้าหน้าที่อื่นให้ความเห็นชอบก่อน ถ้าเจ้าหน้าที่นั้นได้ให้ความเห็นชอบในภายหลัง

เมื่อมีการดำเนินการตามวรรคหนึ่ง (1) (2) (3) หรือ (4) แล้ว และเจ้าหน้าที่ผู้มีคำสั่งทางปกครองประสงค์ให้ผลเป็นไปตามคำสั่งเดิมให้เจ้าหน้าที่ผู้นั้นบันทึกข้อเท็จจริงและความประสงค์ของตนไว้ในหรือแนบไว้กับคำสั่งเดิมและต้องมีหนังสือแจ้งความประสงค์ของตนให้คู่กรณีทราบด้วย

กรณีตาม (2) (3) และ (4) จะต้องกระทำก่อนสิ้นสุดกระบวนการพิจารณาอุทธรณ์ตามส่วนที่ 5 ของหมวดนี้ หรือตามกฎหมายเฉพาะว่าด้วยการนั้น หรือถ้าเป็นกรณีที่ไม่ต้องมีการอุทธรณ์ดังกล่าวก็ต้องก่อนมีการนำคำสั่งทางปกครองไปสู่การพิจารณาของผู้มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยความถูกต้องของคำสั่งทางปกครองนั้น”

จากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่ามาตรา 44 (4) เปิดช่องให้เจ้าหน้าที่ที่สามารถแก้ไขเยียวยาความบกพร่องดังกล่าวได้ โดยการให้เจ้าหน้าที่อื่นนั้นให้ความเห็นชอบในภายหลัง อันมีผลให้คำสั่งทางปกครองนั้นกลับมาชอบด้วยกฎหมาย อย่างไรก็ตามการให้เจ้าหน้าที่อื่นนั้นให้ความเห็นชอบในภายหลังจะต้องกระทำให้เสร็จก่อนที่จะสิ้นสุดกระบวนการพิจารณาชั้นอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง แต่หากเป็นกรณีที่ไม่ต้องมีการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองก็จะต้องกระทำให้เสร็จเสียก่อนที่จะมีการนำคำสั่งทางปกครองนั้นไปฟ้องต่อศาลปกครองตามมาตรา 41 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน

### 2.3 การพิจารณาออกคำสั่งทางปกครอง

ในการพิจารณาเพื่อออกคำสั่งทางปกครองโดยปกติแล้วจะเป็นองค์กรฝ่ายปกครองหรือเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจในเรื่องนั้นตัดสินใจออกคำสั่งทางปกครอง ซึ่งการมีอำนาจตัดสินใจของคำสั่งทางปกครองของเจ้าหน้าที่นั้นถือเป็นความสามารถในการมีคำสั่งทางปกครองคือการมีอำนาจกระทำการ โดยความสามารถนี้อาจเกิดขึ้นโดยกฎหมายกำหนดหรือได้รับมอบอำนาจโดยถูกต้องตามกฎหมาย ตัวอย่างของผู้มีอำนาจตัดสินใจออกคำสั่งทางปกครอง เช่น

พระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ.2509 บัญญัติให้ผู้บัญชาการตำรวจนครบาลสำหรับกรุงเทพมหานคร และผู้ว่าราชการจังหวัดสำหรับจังหวัดอื่น เป็นผู้ที่มีอำนาจออกใบอนุญาตและต่อใบอนุญาตตั้งสถานบริการ มีอำนาจอนุญาตให้ผู้รับอนุญาตตั้งสถานบริการย้าย แก้ไข

เปลี่ยนแปลง หรือต่อเติมสถานบริการ ตลอดจนมีอำนาจสั่งพักใช้หรือเพิกถอนใบอนุญาตตั้งสถานบริการ

อย่างไรก็ตาม กฎหมายที่ก่อตั้งอำนาจออกคำสั่งทางปกครองในเรื่องหนึ่งเรื่องใด บางฉบับไม่ได้กำหนดไว้โดยตรงว่าให้ผู้ใดหรือคณะกรรมการคณะใดเป็นผู้มีอำนาจเสนอแนะให้ออกคำสั่งทางปกครอง หรืออนุมัติ หรือให้ความเห็นชอบในการออกคำสั่งทางปกครองในเรื่องนั้น แต่บัญญัติให้รัฐมนตรีผู้รักษาการตามกฎหมายนั้นเป็นผู้ดำรงตำแหน่งเจ้าหน้าที่ซึ่งมีอำนาจกระทำการต่างๆ ดังกล่าวอีกทอดหนึ่ง เช่น พระราชบัญญัติอาวุธรูปปีน เครื่องกระสุน วัตถุระเบิด ดอกไม้เพลิง และสิ่งเทียมอาวุธปืน พ.ศ.2490 บัญญัติให้นายทะเบียนท้องที่เป็นผู้มีอำนาจออกใบอนุญาตทำซื้อ มีใช้ สั่ง หรือนำเข้าซึ่งอาวุธปืนหรือเครื่องกระสุนปืนส่วนบุคคลมีอำนาจออกใบอนุญาตทำประกอบ ซ่อมแซม เปลี่ยนลักษณะ สั่ง นำเข้า คำ หรือจำหน่ายด้วยประการใดๆ ซึ่งวัตถุระเบิด และมีอำนาจออกใบอนุญาต สั่ง นำเข้า หรือคำสั่งดอกไม้เพลิงและบัญญัติให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยรักษาการตามพระราชบัญญัตินี้ และให้มีอำนาจแต่งตั้งนายทะเบียน การที่ผู้บัญญัติกฎหมายฉบับที่ก่อตั้งอำนาจออกคำสั่งทางปกครองในเรื่องหนึ่งเรื่องใดได้กำหนดให้ผู้ดำรงตำแหน่งใดหรือคณะกรรมการคณะใดเป็นผู้ทรงอำนาจทำการพิจารณาทางปกครองในเรื่องนั้นก็ถือเป็นการที่รัฐมนตรี ผู้รักษาการตามกฎหมายฉบับที่ก่อตั้ง อำนาจออกคำสั่งทางปกครองในเรื่องหนึ่งเรื่องใดได้แต่งตั้งให้ผู้ดำรงตำแหน่งใด หรือคณะกรรมการคณะใดเป็นผู้ทรงอำนาจทำการพิจารณาทางปกครองในเรื่องนั้นก็ดี ย่อมเป็นเครื่องแสดงให้เห็นโดยปริยายว่าผู้บัญญัติกฎหมายฉบับนั้น หรือรัฐมนตรีผู้รักษาการตามกฎหมายฉบับนั้น แล้วแต่กรณีมีความไว้วางใจในตัวบุคคลที่ดำรงตำแหน่งนั้นหรือในตัวบุคคลต่างๆ ที่เป็นกรรมการในคณะกรรมการคณะนั้นเป็นพิเศษว่าอยู่ในฐานะที่จะใช้ความรู้ ความสามารถ ตลอดจนประสบการณ์ของเขาทำการพิจารณาทางปกครองในเรื่องนั้นได้โดยถูกต้องตามกฎหมายและเหมาะสมแก่กรณี ดังนั้น จึงมีหลักกฎหมายทั่วไปขึ้นมาหลักหนึ่งว่า เจ้าหน้าที่ผู้ทรงอำนาจทำการพิจารณาทางปกครองเรื่องใดจะต้องใช้อำนาจออกคำสั่งทางปกครอง หรือใช้อำนาจเสนอแนะให้ออกคำสั่งทางปกครอง หรืออนุมัติหรือให้ความเห็นชอบในการออกคำสั่งทางปกครองด้วยตนเองจะมอบหมายให้เจ้าหน้าที่อื่นกระทำการต่างๆ ดังกล่าวแทนมิได้<sup>190</sup>

<sup>190</sup> ชาญชัย แสงวงศ์, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง, หน้า 111

### 3. หลักกฎหมายเกี่ยวกับการพิจารณาทางปกครอง ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539

#### 3.1 การแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิด

เมื่อการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ทรัพย์สินของหน่วยงานของรัฐจะต้องมีการแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิดขึ้นมาเพื่อทำการสอบสวนว่าได้มีการกระทำละเมิดขึ้นหรือไม่ และการกระทำละเมิดนั้นก่อให้เกิดความเสียหายอย่างไร เพียงใด และใครคือเจ้าหน้าที่ผู้ต้องรับผิดชอบจากความเสียหายนั้น ในจำนวนเท่าใดซึ่งหลักเกณฑ์ในการแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิดได้บัญญัติไว้ในข้อ 8 ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 ว่า

“เมื่อเกิดความเสียหายแก่หน่วยงานของรัฐแห่งใด และหัวหน้าหน่วยงานของรัฐแห่งนั้นมีเหตุอันควรเชื่อว่าจะเกิดจากการกระทำของเจ้าหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐแห่งนั้น ให้หัวหน้าหน่วยงานของรัฐดังกล่าวแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิดขึ้นคณะหนึ่ง โดยไม่ชักช้าเพื่อพิจารณาเสนอความเห็นเกี่ยวกับผู้ต้องรับผิดชอบ และจำนวนค่าสินไหมทดแทนที่ผู้ันต้องชดใช้

คณะกรรมการตามวรรคหนึ่ง ให้มีจำนวนไม่เกินห้าคน โดยแต่งตั้งจากเจ้าหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐแห่งนั้น หรือหน่วยงานของรัฐอื่นตามที่เห็นสมควร

กระทรวงการคลังอาจประกาศกำหนดว่าในกรณีความเสียหายที่เกิดขึ้นมีมูลค่าความเสียหายตั้งแต่จำนวนเท่าใด จะให้มีผู้แทนของหน่วยงานของรัฐหน่วยงานใดเข้าร่วมเป็นกรรมการด้วยก็ได้

ในการแต่งตั้งคณะกรรมการให้กำหนดเวลาแล้วเสร็จของการพิจารณาของคณะกรรมการไว้ด้วย”

จากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่าเมื่อเจ้าหน้าที่ปฏิบัติงานแล้วก่อให้เกิดความเสียหายแก่หน่วยงานของรัฐ หัวหน้าหน่วยงานของรัฐแห่งนั้น จะต้องตั้งคณะกรรมการสอบสวนข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิดที่เกิดขึ้น ซึ่งการดำเนินการก็เป็นไปเพื่อติดตามให้เจ้าหน้าที่ผู้กระทำละเมิดต่อทรัพย์สินของหน่วยงานของรัฐได้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ดังนั้น หัวหน้าหน่วยงานของรัฐที่มีอำนาจแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิดตามที่กำหนดไว้ในข้อ 8 วรรคหนึ่ง จึงหมายถึงหัวหน้าหน่วยงานของรัฐที่เป็นเจ้าของทรัพย์สินที่ได้รับ

ความเสียหาย<sup>191</sup> การพิจารณาว่าหน่วยงานของรัฐใดเป็นหน่วยงานของรัฐที่เป็นเจ้าของทรัพย์สินที่ได้รับความเสียหายนั้น ในทางปฏิบัติให้ถือว่าหัวหน้าหน่วยงานของรัฐที่ได้รับจัดสรรงบประมาณเพื่อจัดหาทรัพย์สินดังกล่าว เป็นเจ้าของทรัพย์สิน และการพิจารณาว่าหน่วยงานของรัฐใดเป็นหน่วยงานที่ได้รับความเสียหาย ได้มีแนวความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาไว้ ดังนี้<sup>192</sup>

ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 307/2541 เมื่อเกิดความเสียหายแก่หน่วยงานของรัฐ ตามข้อ 8 ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 กำหนดให้หัวหน้าหน่วยงานของรัฐแต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบละเมิด กรณีที่เกิดความเสียหายขึ้นในราชการส่วนภูมิภาค ผู้ใดเป็นผู้มีอำนาจแต่งตั้งคณะกรรมการฯ ตามระเบียบดังกล่าว เห็นว่า ความรับผิดชอบละเมิดในเรื่องความเสียหายต่อทรัพย์สิน หน่วยงานของรัฐที่เสียหายต้องอยู่ในฐานะเป็นเจ้าของทรัพย์สินได้ กล่าวคือ มีฐานะเป็นนิติบุคคล ดังนั้น หน่วยงานของรัฐในราชการส่วนภูมิภาคจึงหมายถึงจังหวัดโดยจังหวัดมีฐานะเป็นนิติบุคคลตามมาตรา 52 (1) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ.2534 แต่ไม่หมายความถึงสถานีอนามัย สำนักงานสาธารณสุขอำเภอ สำนักงานสาธารณสุขจังหวัด และโรงพยาบาลต่างๆ ซึ่งเป็นส่วนราชการประจำจังหวัดหรือส่วนราชการประจำอำเภอ แล้วแต่กรณี และไม่มีฐานะเป็นนิติบุคคล และเมื่อเกิดความเสียหายขึ้นกับทรัพย์สินของโรงพยาบาลซึ่งจัดซื้อโดยเงินงบประมาณของสำนักงานปลัดกระทรวงสาธารณสุข สำนักงานปลัดกระทรวงสาธารณสุขจึงเป็นเจ้าของทรัพย์สินดังกล่าว ดังนั้น ปลัดกระทรวงสาธารณสุขจึงเป็นผู้มีอำนาจแต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบละเมิดตามข้อ 8 ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 และมีอำนาจฟ้องคดีในกรณีที่มีผู้กระทำละเมิดต่อทรัพย์สินดังกล่าว ส่วนผู้ว่าราชการจังหวัดแม้จะมีอำนาจบังคับบัญชาข้าราชการส่วนภูมิภาคในจังหวัดนั้นก็ตาม ก็ไม่มีอำนาจแต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบละเมิดหรือฟ้องผู้กระทำละเมิดต่อทรัพย์สินดังกล่าว เว้นแต่จะได้รับมอบอำนาจตามมาตรา 38 (3) และ (5) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ.2534

<sup>191</sup> กรมบัญชีกลาง, คู่มือการปฏิบัติงานด้านความรับผิดชอบละเมิดของเจ้าหน้าที่, กรุงเทพฯ: ศาสตร์การกรมบัญชีกลาง, 2556, หน้า 42

<sup>192</sup> อรรถพล ลีกระจ่าง, ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ของรัฐชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539, หน้า 123 - 128

จากความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาดังกล่าวข้างต้นจะเห็นได้ว่า หน่วยงานของรัฐที่มีอำนาจตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิดจะต้องอยู่ในฐานะเป็นเจ้าของทรัพย์สินที่เสียหาย อีกทั้งหน่วยงานของรัฐแห่งนั้นต้องมีฐานะเป็นนิติบุคคลด้วย โดยการพิจารณาความเป็นเจ้าของทรัพย์สินสามารถพิจารณาได้จากการจัดซื้อโดยงบประมาณ หากหน่วยงานใดเป็นผู้ใช้เงินงบประมาณในการจัดซื้อ หน่วยงานของรัฐนั้นก็จะเป็นเจ้าของทรัพย์สินนั้นๆ นอกจากนี้คณะกรรมการกฤษฎีกาได้ให้ความเห็นที่เกี่ยวกับการแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิดไว้ ดังนี้

ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสรีที่ 706/2543 การแต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิดตามข้อ 8 วรรคหนึ่ง และข้อ 31 ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 มีวัตถุประสงค์เพื่อให้ทราบว่า เจ้าหน้าที่ได้กระทำละเมิดต่อหน่วยงานของรัฐหรือต่อบุคคลภายนอกหรือไม่ เป็นการกระทำให้การปฏิบัติหน้าที่หรือไม่ หากเป็นการกระทำให้การปฏิบัติหน้าที่เจ้าหน้าที่ได้กระทำการนั้นไปด้วยความจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงหรือไม่ จำนวนค่าเสียหายเป็นเท่าใด ในกรณีที่เกิดการละเมิดเกิดจากเจ้าหน้าที่หลายคน เจ้าหน้าที่แต่ละคนมีส่วนความรับผิดเป็นอย่างไร และความเสียหายที่เกิดขึ้นหน่วยงานของรัฐมีส่วนบกรองด้วยหรือไม่ เพื่อที่จะได้นำเอาส่วนแห่งความรับผิดของหน่วยงานของรัฐไปหักออกจากค่าเสียหายที่จะเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ เมื่อปรากฏว่าความเสียหายที่เกิดแก่รถยนต์ของกรมประชาสัมพันธ์ และรถยนต์ของบุคคลภายนอกนั้นเกิดจากการกระทำของพนักงานขับรถของกรมประชาสัมพันธ์ จึงเป็นกรณีที่มีเหตุอันควรเชื่อว่าความเสียหายดังกล่าวเกิดจากการกระทำของเจ้าหน้าที่ของกรมประชาสัมพันธ์ ประกอบกับเป็นกรณีที่ยังไม่ทราบจำนวนค่าเสียหายที่แน่นอน เพราะราคาค่าซ่อมแซมรถยนต์อาจแตกต่างกันไปตามมาตรฐานของอุปกรณ์อะไหล่ตลอดจนฝีมือและความประณีตของช่างซ่อมรถยนต์ รวมทั้งค่าเสื่อมราคาของรถยนต์อันเนื่องมาจากการถูกชนด้วย ดังนั้น อธิบดีกรมประชาสัมพันธ์ในฐานะหัวหน้าหน่วยงานของรัฐจึงต้องแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิดขึ้นตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีฯ เพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ดังกล่าวข้างต้น

ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาเรื่องนี้แสดงให้เห็นถึงวัตถุประสงค์และความจำเป็นของการตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิดว่า การตั้งคณะกรรมการฯ ก็เพื่อให้ทราบว่า มีเจ้าหน้าที่ได้ทำละเมิดหรือไม่ การละเมิดนั้นเป็นการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงหรือไม่ และจำนวนค่าเสียหายเป็นเท่าใด และหากมีเหตุอันควร

เชื่อได้ว่ามีความเสียหายเกิดขึ้น หัวหน้าหน่วยงานของรัฐจะต้องตั้งคณะกรรมการฯ เพื่อสอบสวนของข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น

ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสรีจที่ 129/2542 หากข้อเท็จจริงฟังได้ว่า ความเสียหายไม่ได้เกิดจากการกระทำของเจ้าหน้าที่ที่ไม่ต้องดำเนินการแต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิด แต่หัวหน้าหน่วยงานจะต้องรายงานผลการพิจารณาให้ปลัดกระทรวง ปลัดทบวง หรือรัฐมนตรีซึ่งเป็นผู้บังคับบัญชาหรือกำกับดูแลหรือควบคุมการปฏิบัติงานของบุคคลดังกล่าว เพื่อให้ปลัดกระทรวง ปลัดทบวง หรือรัฐมนตรี แล้วแต่กรณี พิจารณาว่าสมควรแต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิดตามข้อ 12 ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 ต่อไปหรือไม่ เมื่อสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติได้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงในเบื้องต้นแล้วเห็นว่า ความเสียหายที่เกิดขึ้นไม่ได้เกิดจากการกระทำของเจ้าหน้าที่ แต่เกิดจากการกระทำละเมิดของบุคคลภายนอกแต่เพียงฝ่ายเดียว เจ้าหน้าที่ไม่มีส่วนในการกระทำละเมิดแต่อย่างใดสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ จึงไม่ต้องแต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ตามข้อ 8 ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีฯ แต่ต้องรายงานผลการพิจารณาให้นายกรัฐมนตรีหรือนายกรัฐมนตรีที่นายกรัฐมนตรีมอบหมายเพื่อพิจารณาตามข้อ 12 ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีฯ

ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกานี้เป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐมิได้เป็นผู้ก่อให้เกิดความเสียหาย ซึ่งความเสียหายเกิดจากบุคคลภายนอก หัวหน้าหน่วยงานของรัฐจึงไม่จำเป็นต้องตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิด แต่อย่างไรก็ตามจะต้องรายงานผลการพิจารณาให้นายกรัฐมนตรีหรือนายกรัฐมนตรีที่นายกรัฐมนตรีมอบหมายทราบด้วย

ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสรีจที่ 193/2543 การแต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิดตามข้อ 8 วรรคหนึ่ง ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 มีวัตถุประสงค์เพื่อให้ทราบว่ามีการกระทำละเมิดเกิดขึ้นหรือไม่ มีเจ้าหน้าที่ต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายอันเนื่องมาจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงหรือไม่ เจ้าหน้าที่ผู้ต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายจะต้องรับผิดชอบใช้เป็นจำนวนเท่าใด ในกรณีเจ้าหน้าที่กระทำละเมิดหลายคนเจ้าหน้าที่แต่ละคนมีส่วนรับผิดชอบเป็นอย่างไร และความเสียหายที่เกิดขึ้นหน่วยงานของรัฐมีส่วนบกพร่องด้วยหรือไม่ เพื่อที่จะได้นำส่วนแห่งความรับผิดของหน่วยงานของรัฐไปหักออกจากราคาเสียหายที่จะเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดเชย ดังนั้น หน่วยงานจึงต้องแต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิด เพื่อสอบสวนข้อเท็จจริงเกี่ยวกับเหตุละเมิดที่เจ้าหน้าที่ได้กระทำให้ได้ความกระจ่าง



แต่ในกรณีที่หน่วยงานของรัฐทราบแน่ชัดว่าเจ้าหน้าที่ผู้กระทำละเมิดที่จะต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนคือผู้ใด ทราบจำนวนค่าเสียหายที่แน่นอน และเจ้าหน้าที่ผู้กระทำละเมิดยินยอมชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่หน่วยงานของรัฐแล้ว หน่วยงานของรัฐก็ไม่จำเป็นต้องแต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิด

ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกาเรื่องนี้เป็นข้อยกเว้นที่หน่วยงานของรัฐไม่ต้องดำเนินการตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิด หากปรากฏเหตุชัดเจนว่าเจ้าหน้าที่ผู้กระทำละเมิดที่ต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนคือผู้ใด ทราบจำนวนค่าเสียหายที่แน่นอน และเจ้าหน้าที่ผู้กระทำละเมิดยอมชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่หน่วยงานของรัฐ แต่หากไม่ปรากฏเหตุที่เป็นข้อยกเว้น หน่วยงานของรัฐก็ยังคงต้องตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิด

ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสรีจที่ 398/2552 การพิจารณาว่าผู้ใดเป็นผู้มีอำนาจแต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิดต้องพิจารณาว่า ผู้กระทำละเมิดเป็นเจ้าหน้าที่ของหน่วยงานใดในขณะกระทำละเมิด แม้ว่าเจ้าหน้าที่ผู้กระทำละเมิดดังกล่าวจะย้ายหน่วยงานหรือเกษียณอายุราชการไปแล้วก็ตาม การแต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิดกับเจ้าหน้าที่ผู้กระทำละเมิด ย่อมเป็นอำนาจของหัวหน้าหน่วยงานซึ่งเจ้าหน้าที่ผู้กระทำละเมิดปฏิบัติหน้าที่หรือภารกิจให้กับหน่วยงานนั้น ทั้งนี้ เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในข้อ 8 ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539

ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกานี้ได้กำหนดแนวทางการพิจารณาว่า การที่ผู้ใดจะเป็นผู้มีอำนาจแต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิดให้พิจารณาว่าผู้กระทำละเมิดนั้นเป็นเจ้าหน้าที่ของหน่วยงานใดในขณะกระทำละเมิด

กรณีที่ต้องพิจารณาต่อมา คือ หากเกิดความเสียหายที่จะต้องตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิดแล้ว จะต้องดำเนินการตั้งคณะกรรมการภายในระยะเวลาเท่าใด ซึ่งตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 ไม่ได้กำหนดระยะเวลาไว้ โดยตามข้อ 8 ระบุแต่เพียงว่าให้ตั้ง “โดยไม่ชักช้า” ซึ่งอาจทำให้หน่วยงานของรัฐตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิดช้าบ้างเร็วบ้างแตกต่างกันไป และการปฏิบัติที่ไม่เป็นไปในทางเดียวกันในการดำเนินการ ดังนั้น กระทรวงการคลังจึงได้ออกหนังสือเวียน ที่ กค 0406.2/ว.75 ลงวันที่ 30 ตุลาคม 2550 เรื่อง ชักซ้อมความเข้าใจแนวทางปฏิบัติในการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิด ว่า “จากการที่กระทรวงการคลังได้ตรวจสอบสำนวนการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิดพบว่าเมื่อเกิดความเสียหายขึ้น

กับหน่วยงานของรัฐและมีเหตุอันควรเชื่อว่าเกิดจากการกระทำของเจ้าหน้าที่ หน่วยงานของรัฐหลายแห่งก็ได้ดำเนินการเร่งรัดให้มีการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิดตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 เป็นเหตุให้ข้อเท็จจริงที่ได้ไม่ครบถ้วน พยานหลักฐานบางอย่างสูญหายทำให้เกิดความยุ่งยากในการสอบสวน และการพิจารณาความรับผิดทางละเมิดอาจเกิดความคลาดเคลื่อนซึ่งจะทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่เจ้าหน้าที่ได้ ประกอบกับระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีฯ ดังกล่าวมิได้กำหนดระยะเวลาแล้วเสร็จของการพิจารณาของคณะกรรมการไว้ โดยให้เป็นดุลพินิจของผู้แต่งตั้ง ดังนั้นเพื่อให้การสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิดได้ข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานที่ครบถ้วน ลดความยุ่งยากในการสอบสวนจึงเห็นควรชักจูงความเข้าใจให้หน่วยงานของรัฐดำเนินการ ดังนี้

เมื่อเกิดความเสียหายแก่หน่วยงานของรัฐแห่งใด และหัวหน้าหน่วยงานของรัฐแห่งนั้นมีเหตุอันควรเชื่อว่าเกิดจากการกระทำของเจ้าหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐแห่งนั้นให้หัวหน้าหน่วยงานของรัฐดังกล่าว แต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิดขึ้นคณะหนึ่งโดยไม่ชักช้า อย่างช้าไม่ควรเกิน 15 วัน นับแต่รู้หรือทราบความเสียหายและให้รีบดำเนินการ สอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิดให้แล้วเสร็จโดยเร็ว อย่างช้าไม่ควรเกิน 60 วัน นับแต่วันที่แต่งตั้ง ทั้งนี้ หากคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิดไม่สามารถดำเนินการสอบสวนให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลาที่กำหนด ผู้แต่งตั้งคณะกรรมการอาจอนุญาตให้ขยายระยะเวลาได้อีกครั้งละไม่เกิน 30 วัน โดยให้คำนึงถึงเหตุผลและความจำเป็นในการขอขยายระยะเวลาและระมัดระวังเรื่องอายุความด้วย”

จากหนังสือกระทรวงการคลังฉบับดังกล่าวได้วางแนวปฏิบัติในการตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิดไว้ โดยให้หัวหน้าหน่วยงานของรัฐแต่งตั้งคณะกรรมการอย่างช้าไม่ควรเกิน 15 วัน นับแต่รู้หรือทราบความเสียหาย และให้รีบดำเนินการสอบสวนโดยเร็ว อย่างช้าไม่ควรเกิน 60 วัน แต่อย่างไรก็ตามหากคณะกรรมการไม่สามารถดำเนินการแล้วเสร็จได้ทันผู้แต่งตั้งคณะกรรมการ สามารถขยายระยะเวลาได้อีกครั้งละไม่เกิน 30 วัน แต่ทั้งนี้ต้องคำนึงถึงเหตุผลและความจำเป็นในการขอขยายระยะเวลาและระมัดระวังเรื่องอายุความด้วย

### 3.2 การวินิจฉัยสั่งการของผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิด

เมื่อคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิดได้ดำเนินสอบข้อเท็จจริงจนทราบว่ามีการกระทำละเมิดเกิดขึ้นหรือไม่ และมีเจ้าหน้าที่ผู้ต้องรับผิดขอชดใช้ค่าเสียหาย

จะต้องรับผิดชอบใช้เป็นจำนวนเท่าใดแล้ว คณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบทางละเมิดมีหน้าที่เสนอความเห็นไปยังผู้แต่งตั้งตามข้อ 16 ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 ดังนี้

“เมื่อคณะกรรมการพิจารณาเสร็จแล้วให้เสนอความเห็นไปยังผู้แต่งตั้ง ถ้าผู้แต่งตั้งขอให้ทบทวนหรือสอบสวนเพิ่มเติม ให้คณะกรรมการรีบดำเนินการให้เสร็จสิ้นภายในเวลาที่ผู้แต่งตั้งกำหนด

ความเห็นของคณะกรรมการต้องมีข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่แจ้งชัดและต้องมีพยานหลักฐานที่สนับสนุนประกอบด้วย

ความเห็นของคณะกรรมการไม่ผูกมัดผู้แต่งตั้งหรือรัฐที่จะมีความเห็นเป็นอย่างอื่น”

จากบทบัญญัติจะเห็นได้ว่าเมื่อคณะกรรมการได้เสนอความเห็นไปยังผู้แต่งตั้งแล้วผู้แต่งตั้งมีหน้าที่พิจารณาสำนวนการสอบสวนข้อเท็จจริงความรับผิดชอบทางละเมิด ซึ่งหากผู้แต่งตั้งเห็นว่าการสอบข้อเท็จจริงยังมีข้อบกพร่องในประเด็นใด หรือมีบางประเด็นที่ผู้แต่งตั้งเห็นควรให้คณะกรรมการพิจารณาทบทวนหรือสอบสวนเพิ่มเติมได้ โดยผู้แต่งตั้งต้องกำหนดระยะเวลาที่จะให้คณะกรรมการรายงานผลการสอบสวนเพิ่มเติม หรือทบทวนไปให้ด้วย และหากมีผู้ต้องรับผิดชอบผู้แต่งตั้งต้องคำนึงถึงอายุความในการเรียกให้เจ้าหน้าที่ผู้ต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายให้แก่ราชการด้วย<sup>193</sup> ในกรณีที่ผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบทางละเมิดเห็นว่าสำนวนการสอบสวนข้อเท็จจริงได้เสนอความเห็น ข้อเท็จจริง ข้อกฎหมายและพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องครบถ้วนแล้วหรือเห็นว่าคณะกรรมการได้ทบทวนความเห็นหรือสอบสวนเพิ่มเติมเสร็จเรียบร้อยแล้ว ผู้ตั้งแต่งตั้งจะพิจารณาสำนวนการสอบสวนข้อเท็จจริงความรับผิดชอบทางละเมิดที่เสร็จสมบูรณ์นั้น โดยผู้ตั้งแต่งตั้งต้องวินิจฉัยสั่งการว่ามีผู้รับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนหรือไม่ และเป็นจำนวนเท่าใด ตามข้อ 17 วรรคหนึ่ง ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 ที่บัญญัติว่า “เมื่อผู้แต่งตั้งได้รับผลการพิจารณาของคณะกรรมการแล้วให้วินิจฉัยสั่งการว่ามีผู้รับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนหรือไม่ และเป็นจำนวนเท่าใด แต่ยังมีต้องแจ้งการสั่งการให้ผู้ที่เกี่ยวข้องทราบ” โดยใช้หลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 เป็นเกณฑ์ในการพิจารณาว่ามีเจ้าหน้าที่ผู้ใดต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทน และจะต้องชดใช้เป็นจำนวนเท่าใด

อย่างไรก็ตามข้อ 16 วรรคสาม ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 บัญญัติว่า “ความเห็นของคณะกรรมการไม่ผูกมัดผู้แต่งตั้งหรือรัฐที่จะมีความเห็นเป็นอย่างอื่น” กล่าวคือ ในการวินิจฉัยสั่งการ

<sup>193</sup> กรมบัญชีกลาง, คู่มือการปฏิบัติงานด้านความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่, หน้า 67

ผู้แต่งตั้งมีอำนาจวินิจฉัยได้โดยไม่ต้องผูกมัดอยู่กับความเห็นของคณะกรรมการ ผู้แต่งตั้งสามารถมีความเห็นเป็นอย่างอื่นได้ เช่น อาจจะมีความเห็นให้เจ้าหน้าที่ผู้ต้องรับผิดชอบมากขึ้นหรือน้อยลง หรือไม่ต้องรับผิดชอบก็ได้ ซึ่งเป็นดุลพินิจของผู้แต่งตั้งที่จะกระทำได้นั้น ความเห็นของคณะกรรมการจึงไม่ผูกมัดผู้แต่งตั้ง และการวินิจฉัยสั่งการของผู้แต่งตั้งจะเป็นไปตามที่ผู้แต่งตั้งเห็นสมควร โดยที่ผู้แต่งตั้งไม่ต้องวินิจฉัยสั่งการตามความเห็นของคณะกรรมการ

### 3.3 การพิจารณาและทำความเห็นของกระทรวงการคลัง

เมื่อผู้แต่งตั้งได้พิจารณาวินิจฉัยสั่งการว่าเจ้าหน้าที่ที่จะต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนหรือไม่อย่างไรแล้ว ประการต่อมาที่ผู้แต่งตั้งจะต้องดำเนินการ คือ การดำเนินการส่งสำนวนตาม ข้อ 17 วรรคสอง ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 ที่กำหนดว่า “ให้ผู้แต่งตั้งส่งสำนวนภายในเจ็ดวันนับแต่วันวินิจฉัยสั่งการให้กระทรวงการคลังเพื่อตรวจสอบ เว้นแต่เป็นเรื่องที่กระทรวงการคลังประกาศกำหนดว่าไม่ต้องรายงานให้กระทรวงการคลังตรวจสอบ” ดังนั้น เมื่อผู้แต่งตั้งวินิจฉัยสั่งการ ใดๆแล้วจะต้องดำเนินการส่งสำนวนการสอบสวนข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิดให้กระทรวงการคลังตรวจสอบภายในเจ็ดวันนับแต่วันวินิจฉัยสั่งการ แต่อย่างไรก็ตามผู้แต่งตั้งอาจไม่ต้องรายงานให้กระทรวงการคลังตรวจสอบ หากเป็นเรื่องที่กระทรวงการคลังประกาศกำหนดว่าไม่ต้องส่งเรื่องนั้นๆ ให้กระทรวงการคลังตรวจสอบ คือ ประกาศกระทรวงการคลัง เรื่อง ความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ที่ไม่ต้องรายงานให้กระทรวงการคลังตรวจสอบ ลงวันที่ 31 มีนาคม 2552 ที่กำหนดให้ความเสียหายดังต่อไปนี้หน่วยงานของรัฐไม่ต้องรายงานให้กระทรวงการคลังตรวจสอบ

#### 3.3.1 ความเสียหายเกิดขึ้นกับทรัพย์สินของหน่วยงานของรัฐจากสาเหตุทั่วไป

(เช่น อุบัติเหตุเพลิงไหม้ ทรัพย์สินเสียหายหรือสูญหาย เป็นต้น) ซึ่งมีได้มีสาเหตุจากการทุจริตเงินขาดบัญชี หรือการไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย กฎ ระเบียบ มติคณะรัฐมนตรีหรือข้อบังคับต่าง ๆ หน่วยงานของรัฐไม่ต้องส่งเรื่องให้กระทรวงการคลังตรวจสอบ ดังนี้

1) สำหรับส่วนราชการ ค่าเสียหายครั้งละไม่เกิน 500,000 บาท

2) สำหรับราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจและหน่วยงานอื่นของรัฐ ค่าเสียหายครั้งละไม่เกิน 1,000,000 บาท

3) ความเสียหายที่มีจำนวนเกินกว่าข้อ 1) และ 2) และหน่วยงานของรัฐพิจารณาแล้วเห็นว่าผู้ต้องรับผิดชอบชดใช้ค่าเสียหายตั้งแต่ร้อยละ 75 ของค่าเสียหายทั้งหมด

3.3.2 ความเสียหายเกิดขึ้นแก่หน่วยงานของรัฐซึ่งมีสาเหตุจากการทุจริต หรือมีสาเหตุมาจากการที่เงินขาดบัญชี หรือการไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย กฎ ระเบียบ มติคณะรัฐมนตรี หรือ

ข้อบังคับต่างๆ (เช่น การไม่ปฏิบัติตามกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณหรือระเบียบที่เกี่ยวข้องกับการเงินการคลัง การจัดซื้อจัดจ้างไม่ปฏิบัติตามระเบียบฯ ว่าด้วยการพัสดุหรือฝ่าฝืนมติคณะรัฐมนตรี เป็นต้น)

1) สำหรับส่วนราชการ ค่าเสียหายครั้งละไม่เกิน 200,000 บาท

2) สำหรับราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจและหน่วยงานอื่นของรัฐ  
ค่าเสียหายครั้งละไม่เกิน 400,000 บาท

3) ความเสียหายที่มีจำนวนเกินกว่าข้อ 1) และ 2) และหน่วยงานของรัฐ ได้พิจารณา ดังนี้

ก. ความเสียหายซึ่งมีสาเหตุจากการทุจริตและหน่วยงานของรัฐได้พิจารณาให้ผู้ทุจริตรับผิดชอบใช้เต็มจำนวนความเสียหายและพิจารณาให้ผู้เกี่ยวข้องซึ่งกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง จนเป็นโอกาสหรือช่องทางให้เกิดการทุจริตค่าใช้จ่ายค่าเสียหายเต็มจำนวนความเสียหายตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 แล้ว

ข. ความเสียหายซึ่งมีสาเหตุจากการที่เงินขาดบัญชีหรือการไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย กฎ ระเบียบ มติคณะรัฐมนตรีหรือข้อบังคับต่าง ๆ และต้องมิได้เกิดจากการทุจริตและหน่วยงานของรัฐได้พิจารณาให้ผู้กระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงค่าใช้จ่ายค่าเสียหายเต็มจำนวนความเสียหายตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 แล้ว

ความเสียหายที่หน่วยงานของรัฐไม่ต้องส่งสำนวนให้กระทรวงการคลังตรวจสอบตามนัยดังกล่าวข้างต้น หน่วยงานของรัฐจะต้องรายงานความเสียหายที่เกิดขึ้น ตามแบบที่กระทรวงการคลัง กำหนดไปให้กระทรวงการคลังทราบทุกกระยะ 3 เดือน

สำหรับในส่วนการพิจารณาของกระทรวงการคลังนั้น ตามข้อ 17 วรรคสาม ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 บัญญัติว่า “ให้กระทรวงการคลังพิจารณาโดยไม่ชักช้า และให้มีอำนาจตรวจสอบพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องในกรณีให้เห็นสมควรจะให้นุคคลใดส่งพยานหลักฐานหรือมาให้ถ้อยคำเพื่อประกอบการพิจารณาเพิ่มเติมอีกก็ได้” และข้อ 17 วรรคห้า บัญญัติว่า “ให้กระทรวงการคลังพิจารณาให้แล้วเสร็จก่อนอายุความสองปีสิ้นสุดไม่น้อยกว่าหกเดือน ถ้ากระทรวงการคลังไม่แจ้งผลการตรวจสอบให้ทราบภายในกำหนดเวลาดังกล่าว ให้ผู้แต่งตั้งมีคำสั่งตามที่เห็นสมควร และ แจ้งให้ผู้เกี่ยวข้องทราบ เว้นแต่ในกรณีหน่วยงานของรัฐนั้นเป็นราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา หรือหน่วยงานอื่น

ของรัฐ ตามกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ ให้กระทรวงการคลังพิจารณาให้แล้วเสร็จก่อนอายุความสองปีสิ้นสุดไม่น้อยกว่าหนึ่งปี ถ้ากระทรวงการคลังไม่แจ้งผลการตรวจสอบให้ทราบภายในกำหนดเวลาดังกล่าว ให้ผู้แต่งตั้งมีคำสั่งตามที่เห็นสมควรและแจ้งให้ผู้ที่เกี่ยวข้องทราบ” จากบัญญัติดังกล่าว เมื่อกระทรวงการคลังได้รับสำนวนการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบแล้ว กระทรวงการคลังต้องรีบดำเนินการพิจารณาโดยไม่ชักช้าตามที่กฎหมายกำหนด ซึ่งในการพิจารณาของกระทรวงการคลังนั้นจะต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จก่อนอายุความสองปีสิ้นสุดลง ไม่น้อยกว่า หกเดือน หรือกล่าวในอีกลักษณะคือ กระทรวงการคลังมีระยะเวลาในการพิจารณาไม่เกินหนึ่งปี หกเดือน เว้นแต่เป็นกรณีหน่วยงานของรัฐนั้นเป็นราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้น โดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ ตามกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ กระทรวงการคลังจะต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จก่อนอายุความสองปีสิ้นสุดไม่น้อยกว่าหนึ่งปี กล่าวคือ กระทรวงการคลังจะมีระยะเวลาในการพิจารณาหนึ่งปี และทั้งสองกรณีหากกระทรวงการคลังไม่แจ้งผลการตรวจสอบให้ทราบภายในระยะเวลาที่กำหนด ผู้แต่งตั้งอาจมีคำสั่งตามที่เห็นสมควรและแจ้งให้ผู้ที่เกี่ยวข้องทราบได้

และในระหว่างที่กระทรวงการคลังพิจารณานั้น ตามข้อ 17 วรรคสี่ บัญญัติว่า “ในระหว่างการพิจารณาของกระทรวงการคลัง ให้ผู้แต่งตั้งสั่งการให้เตรียมเรื่องให้พร้อมสำหรับการ ออกคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ชำระค่าสินไหมทดแทน หรือดำเนินการฟ้องคดีเพื่อมิให้ขาดอายุความสองปี นับจากวันที่ผู้แต่งตั้งวินิจฉัยสั่งการ” ดังนั้น ในระหว่างที่กระทรวงการคลังพิจารณาผู้แต่งตั้งจึงมีหน้าที่ที่จะต้องเตรียมเรื่องให้พร้อมสำหรับการออกคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ชำระค่าสินไหมทดแทนหรือเตรียมการให้พร้อมสำหรับการดำเนินการฟ้องคดีมิให้ขาดอายุความสองปีนับจากวันที่ผู้แต่งตั้งวินิจฉัยสั่งการ

สำหรับในส่วนการพิจารณาของกระทรวงการคลังนั้นตามข้อ 21 ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 บัญญัติว่า

“ในการพิจารณาของกระทรวงการคลัง ให้มี "คณะกรรมการพิจารณาความรับผิดชอบแห่ง" เป็นผู้พิจารณาให้ความเห็นต่อกระทรวงการคลัง

ให้คณะกรรมการตามวรรคหนึ่งประกอบด้วยอธิบดีกรมบัญชีกลางเป็นประธานกรรมการ ผู้แทนสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ผู้แทนสำนักงานอัยการสูงสุด ผู้แทนสำนักงานตรวจเงินแผ่นดิน และผู้แทนกระทรวงการคลังตามจำนวนที่จำเป็นซึ่งปลัดกระทรวงการคลังแต่งตั้งเป็นกรรมการ

คณะกรรมการพิจารณาความรับผิดชอบทางแพ่งอาจแต่งตั้งคณะกรรมการเพื่อปฏิบัติหน้าที่ตามที่มอบหมายได้

ในการประชุมของคณะกรรมการพิจารณาความรับผิดชอบทางแพ่งให้นำความในข้อ 13 มาใช้บังคับโดยอนุโลม”

ดังนั้น ในส่วนขั้นตอนการพิจารณาของกระทรวงการคลังผู้ที่มีหน้าที่พิจารณา คือ คณะกรรมการพิจารณาความรับผิดชอบทางแพ่ง ที่ประกอบด้วย อธิบดีกรมบัญชีกลางเป็นประธานกรรมการ ผู้แทนสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ผู้แทนสำนักงานอัยการสูงสุด ผู้แทนสำนักงานตรวจเงินแผ่นดิน และผู้แทนกระทรวงการคลังตามจำนวนที่จำเป็นซึ่งปลัดกระทรวงการคลัง แต่งตั้งเป็นกรรมการ ซึ่งในการประชุมของคณะกรรมการพิจารณาความรับผิดชอบทางแพ่งนั้น ได้กำหนดให้นำข้อ 13 มาใช้บังคับโดยอนุโลม คือ ต้องมีกรรมการมาประชุมไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของกรรมการทั้งหมด จึงจะเป็นองค์ประชุม ถ้าประธานกรรมการไม่อยู่ในที่ประชุมหรือไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้ ให้กรรมการที่มาประชุมเลือกกรรมการคนใดคนหนึ่งขึ้นทำหน้าที่แทน มติที่ประชุมให้ถือเสียงข้างมาก และกรรมการที่ไม่เห็นด้วยกับมติที่ประชุมก็อาจทำความเห็นแย้งมติที่ประชุมรวมไว้ในความเห็นของคณะกรรมการได้

สำหรับในกรณีการส่งสำนวนการสอบสวนข้อเท็จจริงให้กระทรวงการคลังตรวจสอบ ศาลปกครองสูงสุดได้มีคำพิพากษา ที่ อ.157/2558 ข้อเท็จจริงในคดีนี้ คือ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 (อธิบดีกรมศุลกากร) มีคำสั่งแต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบละเมิดกรณี ผู้ส่งออกทรายห้ำหั่นส่วนจำกัด ค. ร่วมกับเจ้าหน้าที่ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 (กรมศุลกากร) ทوريدในการส่งออก โดยการจัดทำใบขนสินค้าขาออกและบัญชีสินค้าสำหรับเรือเป็นเท็จ และนำใบขนสินค้าขาออกฉบับมูมน้ำเงินไปยื่นขอรับเงินชดเชยค่าภาษีอากรทำให้รัฐเสียหาย คณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบละเมิดได้เสนอความเห็นต่อผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ให้ผู้ฟ้องคดีที่ 1 ถึงที่ 6 ซึ่งเป็นนายตรวจศุลกากร และผู้ฟ้องคดีที่ 7 เป็นศุลกากรักษ์ ร่วมกันรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทน ต่อมา ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 มีคำสั่งลงวันที่ 5 พฤศจิกายน 2547 ให้ผู้ฟ้องคดีทั้งเจ็ดชดใช้ค่าสินไหมทดแทน หลังจากนั้นผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้ส่งสำนวนการสอบสวนให้กระทรวงการคลังตรวจสอบ ผู้ฟ้องคดีทั้งเจ็ดได้ยื่นหนังสืออุทธรณ์คำสั่งดังกล่าวต่อผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 แต่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 มิได้วินิจฉัยอุทธรณ์ จึงยื่นฟ้องคดีต่อศาลปกครองขอให้ศาลมีคำพิพากษาเพิกถอนคำสั่งให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ต่อมากระทรวงการคลังโดยกรมบัญชีกลางแจ้งผลการพิจารณาความรับผิดชอบละเมิดโดยให้ผู้ฟ้องคดีทั้งเจ็ดชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จึงมีคำสั่งลงวันที่ 9 กุมภาพันธ์ 2548 ให้ผู้ฟ้องคดีทั้งเจ็ดร่วมกันชดใช้ค่าสินไหมทดแทน

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่าการส่งสำนวนการสอบสวนข้อเท็จจริงให้กระทรวงการคลังตรวจสอบถือเป็นขั้นตอน วิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่ผู้มีอำนาจต้องดำเนินการ โดยเคร่งครัดการที่กฎหมายหรือระเบียบปฏิบัติต่างๆ ได้ระบุขั้นตอนและวิธีการไว้ ก็เพื่อเป็นการให้หลักประกันแก่ผู้ที่จะได้รับผลกระทบจากกฎหรือคำสั่งทางปกครอง หากขั้นตอนดังกล่าวมีผลต่อกฎหรือคำสั่งทางปกครอง ขั้นตอนนั้นก็ถือเป็นขั้นตอนที่เป็นสาระสำคัญ ซึ่งหากมีกฎหมายหรือระเบียบปฏิบัติใดที่กำหนดขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญไว้ แต่ผู้ออกกฎหรือคำสั่งไม่ได้ปฏิบัติตามกฎหรือคำสั่งที่ออกมานั้น ย่อมเป็นนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งตามขั้นตอนในการออกคำสั่งตามมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 จะต้องส่งสำนวนภายในเจ็ดวันนับแต่วันที่วินิจฉัยสั่งการให้กระทรวงการคลังเพื่อตรวจสอบ ซึ่งการส่งสำนวนให้กระทรวงการคลังตรวจสอบเป็นขั้นตอนวิธีการอันเป็นสาระสำคัญในการออกคำสั่ง เนื่องจากหากกระทรวงการคลังได้พิจารณาเรื่องดังกล่าวแล้ว มีความเห็นแตกต่างจากความเห็นของคณะกรรมการสอบสวนข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิดหน่วยงานของรัฐจะต้องเพิกถอนคำสั่งที่ได้ออกไปแล้วนั้น ซึ่งทำให้ผลการพิจารณาความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่เปลี่ยนแปลงไปด้วย ดังนั้น เมื่อผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ได้มีคำสั่งลงวันที่ 5 พฤศจิกายน 2547 ให้ผู้ฟ้องคดีทั้งเจ็ดชดใช้ค่าสินไหมทดแทน กรณีจึงเป็นการดำเนินการก่อนที่จะส่งสำนวนการสอบสวนและรายงานผลการพิจารณาความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ให้กระทรวงการคลังเพื่อตรวจสอบ และเป็นการข้ามขั้นตอนที่ถือว่าเป็นสาระสำคัญตามที่ระบุไว้ในข้อ 17 ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 กระบวนการออกคำสั่งดังกล่าวของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 จึงไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอนและวิธีการอันเป็นสาระสำคัญ คำสั่งดังกล่าวจึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย แม้ต่อมาผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จะได้ส่งสำนวนให้กระทรวงการคลังตรวจสอบ และกระทรวงการคลังได้เห็นชอบและผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้มีคำสั่งลงวันที่ 9 กุมภาพันธ์ 2548 ให้ผู้ฟ้องคดีทั้งเจ็ดร่วมกันชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ทางราชการตามความเห็นของกระทรวงการคลังซึ่งมีผลเป็นการแก้ไขคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ลงวันที่ 5 พฤศจิกายน 2547 แต่ไม่มีผลทำให้คำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ลงวันที่ 5 พฤศจิกายน 2547 ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายมาตั้งแต่ต้นกลับเป็นคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายไปได้ และเนื่องจากยังมีเวลาพอสมควรที่จะส่งสำนวนให้กระทรวงการคลังตรวจสอบก่อนที่จะออกคำสั่ง ดังนั้น ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 จึงไม่อาจอ้างเหตุที่ว่าคดีใกล้ขาดอายุความมาเป็นข้อยกเว้นในการดำเนินการตามขั้นตอน วิธีการอันเป็นสาระสำคัญ พิพากษาให้เพิกถอนคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ลงวันที่ 5 พฤศจิกายน 2547



คดีนี้เป็นบรรทัดฐานที่ดีที่สุดสำหรับหน่วยงานของรัฐในการออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนจากการกระทำละเมิดตามมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 อย่างน้อย 2 ประการ คือ

ประการแรก การส่งเรื่องให้กระทรวงการคลังตรวจสอบก่อนออกคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ผู้ต้องรับผิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทนถือเป็นขั้นตอนและวิธีการอันเป็นสาระสำคัญในการออกคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิด ของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 ซึ่งถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครอง ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 และหากไม่ปฏิบัติตาม ศาลปกครองมีอำนาจเพิกถอน คำสั่งนั้นได้ ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542

ประการที่สอง มาตรา 10 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 กำหนดอายุความการใช้สิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจากเจ้าหน้าที่โดยมีกำหนดอายุความสองปีนับแต่วันที่หน่วยงานของรัฐรู้ถึงการละเมิดและรู้ตัวเจ้าหน้าที่ผู้จะพึงต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทน กล่าวคือ นับแต่วันที่ผู้แต่งตั้งได้รับผลการพิจารณาของคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิด และได้วินิจฉัยสั่งการว่ามีผู้รับผิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ซึ่งในระหว่างการพิจารณาของกระทรวงการคลัง ให้ผู้แต่งตั้งเตรียมเรื่องให้พร้อมสำหรับการออกคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน หรือดำเนินการฟ้องคดีเพื่อมิให้คดีขาดอายุความสองปีนับแต่วันที่ผู้แต่งตั้งวินิจฉัย ดังนั้น เมื่อรายงานผลการสอบสวนให้กระทรวงการคลังตรวจสอบเป็นขั้นตอนและวิธีการอันเป็นสาระสำคัญ ผู้มีอำนาจจึงผูกพันที่จะต้องดำเนินการตามขั้นตอนดังกล่าวก่อนที่จะออกคำสั่งและไม่อาจนำเรื่องอายุความมาอ้างเพื่อไม่ต้องดำเนินการตามขั้นตอนดังกล่าวได้

#### 3.4 การออกคำสั่งของหน่วยงานของรัฐให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน

เมื่อกระทรวงการคลังได้ตรวจสอบสำนวนการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิด และแจ้งผลการพิจารณาให้หน่วยงานของรัฐทราบแล้ว ขั้นตอนต่อไปที่หน่วยงานของรัฐแห่งนั้นจะต้องปฏิบัติ คือ จะต้องปฏิบัติตามข้อ 18 ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 ซึ่งกำหนดไว้ดังนี้

“เมื่อกระทรวงการคลังพิจารณาเสร็จแล้ว ให้ผู้แต่งตั้งมีคำสั่งตามความเห็นของกระทรวง การคลังและแจ้งคำสั่งนั้นให้ผู้ที่เกี่ยวข้องทราบ รวมทั้งราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้น โดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา หรือหน่วยงานอื่นของรัฐตามกฎหมายว่าด้วย

ความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ ให้ผู้แต่งตั้งของหน่วยงานของรัฐแห่งนั้นสั่งการไปตามความเห็นของกระทรวงการคลัง

เมื่อหน่วยงานของรัฐที่เสียหายตามวรรคหนึ่งสั่งการตามความเห็นของกระทรวงการคลังแล้ว ให้ผู้แต่งตั้งดำเนินการเพื่อออกคำสั่งให้ผู้ต้องรับผิดชอบชำระค่าสินไหมทดแทนหรือฟ้องคดี ต่อศาลอย่าให้ขาดอายุความ

ในกรณีที่ปรากฏตามความเห็นของกระทรวงการคลังว่ามีผู้ใดต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทน เพิ่มขึ้นหรือต่างไปจากสำนวนที่ผู้แต่งตั้งส่งให้ตรวจสอบ หากยังไม่เคยมีการสอบผู้นั้นในฐานะผู้ต้องรับผิดชอบก่อน ให้ผู้แต่งตั้งส่งเรื่องให้คณะกรรมการทำการสอบข้อเท็จจริงมารับผิดผู้นั้นเพื่อประกอบการวินิจฉัยสั่งการ ถ้าผลของคำวินิจฉัยของผู้แต่งตั้งตรงกับความเห็นของกระทรวงการคลัง ให้ผู้แต่งตั้งสั่งการให้ผู้นั้นรับผิดชอบ แล้วรายงานกระทรวงการคลังเพื่อทราบ ถ้าผลของคำวินิจฉัยของผู้แต่งตั้งต่างไปจากความเห็นของกระทรวงการคลัง ให้ผู้แต่งตั้งรายงานกระทรวงการคลังพิจารณาให้ความเห็นอีกครั้งหนึ่ง ทั้งนี้ ให้นำความในข้อ 17 วรรคสี่และวรรคห้ามาใช้บังคับ โดยอนุโลม”

ตามระเบียบดังกล่าวนี้ เป็นกรณีที่กระทรวงการคลังได้แจ้งผลการพิจารณาให้ทราบแล้ว ซึ่งการดำเนินการตามข้อ 18 นั้น ทั้งหน่วยงานของรัฐที่เสียหาย ไม่ว่าจะเป็นกระทรวง ทบวง กรม ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้น โดยพระราชบัญญัติ หรือ พระราชกฤษฎีกา หรือหน่วยงานอื่นของรัฐตามกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ เมื่อกระทรวงการคลังมีความเห็นเป็นประการใดแล้ว ให้ผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบ จะต้องมีความเห็นตามกระทรวงการคลัง ทั้งตัวบุคคลผู้ต้องรับผิดชอบและจำนวนค่าเสียหาย และแจ้งคำสั่งนั้นให้ผู้ที่เกี่ยวข้องทราบ และดำเนินการเพื่อออกคำสั่งให้ผู้ต้องรับผิดชอบชำระค่าสินไหมทดแทนหรือฟ้องคดีต่อศาลอย่าให้ขาดอายุความ ส่วนกรณีการออกคำสั่งให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนนั้น ตามมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 บัญญัติว่า “ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนที่หน่วยงานของรัฐได้ใช้ให้แก่ผู้เสียหายตามมาตรา 8 หรือในกรณีที่เจ้าหน้าที่ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเนื่องจากเจ้าหน้าที่ผู้นั้นได้กระทำละเมิดต่อหน่วยงานของรัฐตามมาตรา 10 ประกอบกับมาตรา 8 ให้หน่วยงานของรัฐที่เสียหายมีอำนาจออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ผู้นั้นชำระเงินดังกล่าวภายในเวลาที่กำหนด” ดังนั้น หน่วยงานของรัฐที่เสียหายจากการกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่จึงเป็นผู้มีอำนาจออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชำระเงินภายในระยะเวลาที่กำหนด ซึ่งผู้ที่มีอำนาจออกคำสั่งให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน จึงเป็นหัวหน้าหน่วยงานของรัฐที่เสียหาย อย่างไรก็ตามข้อ 18 ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบของ

เจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 ได้กำหนดให้ผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิด เป็นผู้ดำเนินการออกคำสั่งให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ซึ่งหากเป็นกรณีที่ผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิด ไม่ใช่หัวหน้าหน่วยงานของรัฐที่เสียหายแต่เป็นบุคคลอื่น ผู้ใดจะเป็นผู้มีอำนาจออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน คณะกรรมการกฤษฎีกา ได้ให้ความเห็นในเรื่องนี้ไว้ว่า<sup>194</sup>

ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 335/2550 โดยที่มาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 กำหนดให้หน่วยงานของรัฐที่เสียหายจากการทำละเมิดของเจ้าหน้าที่ มีอำนาจออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชำระเงินภายในเวลาที่กำหนด ผู้มีอำนาจออกคำสั่งให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน จึงได้แก่หัวหน้าหน่วยงานของรัฐที่เสียหาย ส่วนกรณีที่ ข้อ 18 ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 กำหนดให้ผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิดดำเนินการเพื่อออกคำสั่งให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนนั้น มีประเด็นต้องพิจารณาว่าผู้แต่งตั้งจะมีอำนาจตามกฎหมายที่จะออกคำสั่งให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนหรือไม่ ประเด็นนี้เห็นว่าจำต้อง แยกพิจารณาเป็นสองกรณี ได้แก่

กรณีที่หนึ่ง หากข้อเท็จจริงปรากฏว่า ผู้แต่งตั้งเป็นหัวหน้าหน่วยงานของรัฐที่เสียหาย ซึ่งเป็นกรณีทั่วไปตามข้อ 8 ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 กรณีนี้ผู้แต่งตั้งย่อมมีอำนาจในฐานะหัวหน้าหน่วยงานของรัฐที่เสียหายที่จะออกคำสั่งให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ทั้งนี้ ตามมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539

กรณีที่สอง หากข้อเท็จจริงปรากฏว่า ผู้แต่งตั้งไม่ใช่หัวหน้าหน่วยงานของรัฐที่เสียหาย แต่เป็นบุคคลอื่น เช่น กรณีตามข้อ 12 ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 ที่กำหนดให้ผู้บังคับบัญชาหรือผู้กำกับดูแลหรือผู้ควบคุมการปฏิบัติงานของหัวหน้าหน่วยงานของรัฐเป็นผู้แต่งตั้งคณะกรรมการแทนหัวหน้าหน่วยงานของรัฐ กรณีนี้ย่อมต้องแปลความข้อ 18 ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 ในแนวทางที่สอดคล้องกับมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 ซึ่งเป็นกฎหมายแม่บท โดยแปลความว่า การที่ข้อ 18 กำหนดให้ผู้แต่งตั้งดำเนินการเพื่อออกคำสั่งให้

<sup>194</sup> อรรถพล ลีกระจ่าง, ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ของรัฐชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539, หน้า 135 - 137

ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนนั้น มุ่งหมายเพียงให้ผู้แต่งตั้งดำเนินการใดๆ เพื่อให้มีการออกคำสั่งให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเท่านั้น ส่วนผู้ที่มีอำนาจออกคำสั่งให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนต่อไปก็ยังคงต้องเป็นหน่วยงานของรัฐที่เสียหาย ทั้งนี้ ตามมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539

เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่า ผู้ว่าราชการจังหวัดเชียงใหม่เป็นผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิดแทนนายกเทศมนตรีตำบลต้นเปา ซึ่งเป็นหัวหน้าหน่วยงานของรัฐที่เสียหาย ดังนั้น เมื่อผู้ว่าราชการจังหวัดเชียงใหม่ในฐานะผู้แต่งตั้งได้แจ้งให้เทศบาลตำบลต้นเปาออกคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ผู้ทำละเมิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามความเห็นของกระทรวงการคลังแล้ว จึงเป็นกรณีที่ผู้แต่งตั้งได้ดำเนินการเพื่อให้มีการออกคำสั่งให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามข้อ 18 ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 แล้ว เทศบาลตำบลต้นเปาในฐานะหน่วยงานของรัฐที่เสียหายจึงมีอำนาจหน้าที่ออกคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนต่อไปตามมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 โดยนายกเทศมนตรีตำบลต้นเปาปัจจุบันซึ่งมิได้เป็นผู้มี ส่วนร่วมหรือมีส่วนเกี่ยวข้องกับการทำละเมิดย่อมมีอำนาจออกคำสั่งให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนโดยไม่มีเหตุอันจะทำให้ขาดความเป็นกลางในการพิจารณาออกคำสั่ง ส่วนประเด็นที่เทศบาล ตำบลต้นเปาอ้างว่า หากกำหนดให้เทศบาลฯ ต้องออกคำสั่งให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแล้วอาจมีปัญหาในการพิจารณาอุทธรณ์ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 เพราะเทศบาลฯ ต้องเป็นผู้พิจารณาอุทธรณ์ทั้งที่มีผู้ใช้พิจารณาทำคำสั่งมาตั้งแต่ต้นนั้น เห็นว่า กรณีที่นายกเทศมนตรีตำบลต้นเปาได้พิจารณามีคำสั่งให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามความเห็นของกระทรวงการคลัง หรือได้มีคำสั่งตามการวินิจฉัยสั่งการของผู้ว่าราชการจังหวัดเชียงใหม่ไปแล้ว หากมีการยื่นอุทธรณ์คำสั่ง นายกเทศมนตรีตำบลต้นเปาย่อมต้องผูกพันตามความเห็นของกระทรวงการคลัง หรือตามการวินิจฉัยสั่งการของผู้ว่าราชการจังหวัดเชียงใหม่ด้วยแล้วแต่กรณี ไม่อาจวินิจฉัยอุทธรณ์แตกต่างไปจากคำสั่งเดิมได้

จากความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาเรื่องนี้จะเห็นได้ว่า หากผู้แต่งตั้งไม่ใช่หัวหน้าหน่วยงานของรัฐที่เสียหาย ผู้ซึ่งมีอำนาจออกคำสั่งให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนก็ยังคงต้องเป็นหน่วยงานของรัฐที่เสียหายอยู่เช่นเดียวกับ กรณีที่ผู้แต่งตั้งเป็นหัวหน้าหน่วยงานของรัฐที่เสียหาย เพื่อให้สอดคล้องกับมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 ซึ่งเป็นกฎหมายแม่บท

ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ได้รับคำสั่งให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนความรับผิดทางละเมิดตามมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 หากเจ้าหน้าที่

ผู้รับคำสั่งให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเห็นว่าคำสั่งดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย ข่อมมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครอง เพื่อขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งเพิกถอนคำสั่งให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนได้ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 และเนื่องจากคำสั่งให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 มีสถานะเป็นคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 ดังนั้น ก่อนฟ้องคดีต่อศาลปกครองผู้ฟ้องคดีจะต้องดำเนินการอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าวตามมาตรา 44 แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน ก่อนฟ้องคดีต่อศาลปกครอง ในการฟ้องคดีต่อศาลปกครองนอกจากผู้ฟ้องคดีมีสิทธิที่จะฟ้องหน่วยงานของรัฐที่เป็นผู้ออกคำสั่งดังกล่าวแล้ว ผู้ฟ้องคดีมีสิทธิที่จะฟ้องกระทรวงการคลังหรือกรมบัญชีกลางซึ่งได้รับมอบหมายจากกระทรวงการคลังได้ ทั้งนี้ เนื่องจากระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับ ความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 ข้อ 17 และข้อ 18 กำหนดหลักเกณฑ์การปฏิบัติในเรื่องนี้ว่า เมื่อผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนความรับผิดทางละเมิดได้รับผลการพิจารณาของคณะกรรมการแล้ว ให้ส่งสำนวนการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิดไปให้กระทรวงการคลังตรวจสอบ และเมื่อกระทรวงการคลังมีความเห็นเช่นใดแล้ว หน่วยงานของรัฐต้องมีคำสั่งตาม “ความเห็นของกระทรวงการคลัง” โดยหน่วยงานของรัฐไม่มีอำนาจมีคำสั่งเป็นอย่างอื่น โดยที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยไว้ในคำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 290/2559 ว่า เจ้าหน้าที่ผู้ที่ได้รับคำสั่งให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน (ผู้ฟ้องคดี) มีสิทธิฟ้องกระทรวงการคลังหรือกรมบัญชีกลางซึ่งได้รับมอบหมายจากกระทรวงการคลังได้ตามมาตรา 42 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 โดยมีเหตุผลสำคัญ คือ เมื่อกระทรวงการคลังมีความเห็นเช่นใด หน่วยงานของรัฐต้องมีคำสั่งตามความเห็นของกระทรวงการคลังตามข้อ 18 วรรคหนึ่ง ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 โดยหน่วยงานของรัฐไม่มีอำนาจมีคำสั่งเป็นอย่างอื่น ความเห็นของกระทรวงการคลังจึงเป็นสาเหตุสำคัญที่ก่อให้เกิดความเดือดร้อนเสียหายแก่ผู้ฟ้องคดีและเป็นสาเหตุโดยตรงที่ทำให้ผู้ฟ้องคดีได้รับความเดือดร้อน เนื่องจากก่อให้เกิดคำสั่งที่ให้ผู้ฟ้องคดีต้องรับผิดชอบชดใช้ค่าสินไหมทดแทนอันเป็นวัตถุแห่งคดีที่ผู้ฟ้องคดีขอให้ศาลเพิกถอน ผู้ฟ้องคดีจึงมีสิทธิฟ้องกระทรวงการคลังหรือกรมบัญชีกลางซึ่งได้รับมอบหมายจากกระทรวงการคลัง

แต่ผู้ฟ้องคดีไม่มีสิทธิฟ้องเพิกถอน “ความเห็นของกระทรวงการคลัง” ได้ โดยศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยไว้ในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 82/2560 โดยคดีนี้ผู้ฟ้องคดีเป็นข้าราชการบำนาญ ได้รับคำสั่งให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามที่กระทรวงการคลังมีความเห็น จึงนำ

คดีมาฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนและเพิกถอนหนังสือแจ้งผลการพิจารณาความรับผิดชอบทางละเมิดของกระทรวงการคลัง ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า แม้หนังสือของกระทรวงการคลังที่แจ้งผลการพิจารณาความรับผิดชอบจะมีผลผูกพันให้หน่วยงานของรัฐต้องมีคำสั่งตาม แต่เป็นเพียงส่วนหนึ่งของการพิจารณาทางปกครองเพื่อออกคำสั่งทางปกครองเท่านั้น ยังไม่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน รั้ง หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล อันจะถือได้ว่าเป็นคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 ผู้ฟ้องคดีจึงมิใช่ผู้ได้รับ ความเดือดร้อนหรือเสียหายจากหนังสือดังกล่าวที่จะมีสิทธิฟ้องขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งเพิกถอนหนังสือแจ้งผลการพิจารณาความรับผิดชอบทางละเมิดของกระทรวงการคลังตามมาตรา 42 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542

จากคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดดังกล่าวจึงเป็นการวางหลักว่า การฟ้องเพิกถอนคำสั่งให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 ผู้ฟ้องคดีมีสิทธิที่จะฟ้องกระทรวงการคลังหรือกรมบัญชีกลางซึ่งได้รับมอบหมายจากกระทรวง การคลัง ได้ เนื่องจากความเห็นของกระทรวงการคลังก่อให้เกิดคำสั่งที่ให้ผู้ฟ้องคดีชดใช้เงิน แต่ไม่มีสิทธิที่จะฟ้องขอให้ศาลปกครอง มีคำพิพากษาเพิกถอนความเห็นของกระทรวงการคลังตามข้อ 18 ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539



## บทที่ 4

# วิเคราะห์ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการพิจารณาทางปกครองตามระเบียบ สำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิด ทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539

ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 ได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการพิจารณาดำเนินการออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน กรณีที่เกิดความเสียหายแก่หน่วยงานของรัฐและความเสียหายนั้นเกิดจากการกระทำของเจ้าหน้าที่ โดยให้หน่วยงานของรัฐที่เสียหายนั้นตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิดขึ้นมา เพื่อสอบสวนให้ทราบว่าเจ้าหน้าที่ได้กระทำละเมิดต่อหน่วยงานของรัฐหรือต่อบุคคลภายนอกหรือไม่ เป็นการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่หรือไม่ หากเป็นการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่เจ้าหน้าที่ได้กระทำการนั้นไปด้วยความจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงหรือไม่ จำนวนค่าเสียหายเป็นจำนวนเท่าใด ในกรณีที่การละเมิดเกิดจากเจ้าหน้าที่หลายคนเจ้าหน้าที่แต่ละคนมีส่วนความรับผิดเป็นอย่างไร และความเสียหายที่เกิดขึ้นหน่วยงานของรัฐมีส่วนบกร่องด้วยหรือไม่ และเมื่อคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิดดำเนินการเสร็จสิ้นแล้ว ผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิดจะวินิจฉัยสั่งการว่ามีผู้ใดต้องรับผิดชอบชดใช้ค่าสินไหมทดแทนหรือไม่ และเป็นจำนวนเท่าใด จากนั้นผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิดจะต้องดำเนินการส่งสำนวนให้กระทรวงการคลังพิจารณาตรวจสอบตามข้อ 17 วรรคสอง ที่บัญญัติว่า “ให้ผู้แต่งตั้งส่งสำนวนภายในเจ็ดวันนับแต่วันวินิจฉัยสั่งการให้กระทรวงการคลังเพื่อตรวจสอบ เว้นแต่เป็นเรื่องที่กระทรวงการคลังประกาศกำหนดว่าไม่ต้องรายงานให้กระทรวงการคลังตรวจสอบ” และเมื่อกระทรวงการคลังพิจารณาตรวจสอบเสร็จแล้ว ผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิดจะต้องดำเนินการตามข้อ 18 วรรคหนึ่ง ที่บัญญัติว่า “เมื่อกระทรวงการคลังพิจารณาเสร็จแล้วให้ผู้แต่งตั้งมีคำสั่งตามความเห็นของกระทรวงการคลังและแจ้งคำสั่งนั้นให้ผู้ที่เกี่ยวข้องทราบรวมทั้งราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้น โดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกาหรือหน่วยงานอื่นของรัฐตามกฎหมายว่าด้วยความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ ให้ผู้แต่งตั้งของหน่วยงานของรัฐแห่งนั้นสั่งการไปตามความเห็นของกระทรวงการคลัง” และวรรคสองที่บัญญัติว่า “เมื่อหน่วยงานของรัฐที่เสียหายตามวรรคหนึ่งสั่งการตามความเห็นของกระทรวงการคลังแล้ว

ให้ผู้แต่งตั้งดำเนินการเพื่อออกคำสั่งให้ผู้ต้องรับผิดชำระค่าสินไหมทดแทนหรือฟ้องคดีต่อศาล  
 อย่าให้ขาดอายุความ” ซึ่งเป็นการกำหนดให้กระทรวงการคลังเข้ามามีบทบาทโดยมีหน้าที่เป็น  
 องค์กรตรวจสอบสำนวนการสอบสวนของหน่วยงานของรัฐที่ได้รับความเสียหาย และไม่ว่าผลการ  
 ตรวจสอบของกระทรวงการคลังจะเป็นเช่นใด หัวหน้าหน่วยงานของรัฐก็ผูกพันที่จะต้องมีคำสั่ง  
 ตามความเห็นของกระทรวงการคลัง จึงเห็นได้ว่ากระทรวงการคลังเป็นองค์กรที่มีอำนาจวินิจฉัยว่า  
 เจ้าหน้าที่จะต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนหรือไม่ แต่หัวหน้าหน่วยงานของรัฐที่ได้รับความเสียหาย  
 มีเพียงอำนาจในการลงนามในคำสั่งเท่านั้น ไม่มีอำนาจตัดสินใจว่าเจ้าหน้าที่จะต้องรับผิดหรือไม่  
 เพียงใด เว้นแต่เป็นกรณีที่เข้าข้อยกเว้นที่กระทรวงการคลังกำหนดให้หน่วยงานของรัฐไม่ต้อง  
 รายงานให้กระทรวงการคลังตรวจสอบหัวหน้าหน่วยงานของรัฐจะมีอำนาจวินิจฉัยสั่งการเอง

บทบัญญัติดังกล่าวเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์และขั้นตอนที่จะต้องดำเนินการก่อน  
 ออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ซึ่งตามข้อ 17 และข้อ 18 นี้ได้กำหนดให้  
 หน่วยงานของรัฐผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบตามคดีต้องดำเนินการส่ง  
 สำนวน การสอบสวนให้กระทรวงการคลังพิจารณาตรวจสอบ และดำเนินการออกคำสั่งเรียกให้  
 เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามความเห็นของกระทรวงการคลังเท่านั้น โดยผู้แต่งตั้ง  
 คณะกรรมการ ไม่สามารถพิจารณาออกคำสั่งเป็นอย่างอื่นนอกเหนือจากความเห็นของ  
 กระทรวงการคลังได้ อันเป็นการบัญญัติกฎหมายที่มีลักษณะเป็นบทบังคับที่มีผลทำให้ผู้แต่งตั้ง  
 คณะกรรมการไม่ได้ มีส่วนร่วมในการพิจารณาเพื่อมีคำสั่ง ทั้งที่เป็นหน่วยงานที่เริ่มดำเนินการ  
 สอบสวนมาตั้งแต่ต้น และเป็นหน่วยงานที่ดำเนินการในขั้นสุดท้าย คือ เป็นหน่วยงานที่มีหน้าที่ออก  
 คำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน อีกทั้งยังเป็นหน่วยงานที่ใกล้ชิดกับข้อเท็จจริงมาก  
 ที่สุด จึงมีประเด็นที่ ต้องพิจารณาสองประเด็น คือ ประเด็นที่หนึ่ง การที่ผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบ  
 ข้อเท็จจริงความรับผิดชอบตามคดีต้องส่งสำนวนไปให้กระทรวงการคลังพิจารณา และประเด็นที่  
 สอง การที่ผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบตามคดีต้องดำเนินการออกคำสั่ง  
 ให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ ค่าสินไหมทดแทนตามความเห็นของกระทรวงการคลัง

## 1. วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับกรณีการที่ผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนข้อเท็จจริงความ รับผิดชอบตามคดีต้องส่งสำนวนไปให้กระทรวงการคลังพิจารณา

คำสั่งให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่หน่วยงานของรัฐมีสถานะเป็นคำสั่งทาง  
 ปกครองที่กำหนดให้ชำระเงิน ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง  
 พ.ศ.2539 การพิจารณาและการดำเนินการใดๆ เพื่อออกคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน



จึงต้องดำเนินการตามขั้นตอนของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 เนื่องจากระเบียบดังกล่าวเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการดำเนินการเพื่อออกคำสั่งทางปกครอง โดยในข้อ 17 วรรคหนึ่ง แห่งระเบียบดังกล่าวได้กำหนดว่า “เมื่อผู้แต่งตั้งได้รับผลการพิจารณาของคณะกรรมการแล้วให้วินิจฉัยสั่งการว่ามีผู้รับผิดชอบใช้คำสั่งใหม่ทดแทนหรือไม่ และเป็นจำนวนเท่าใด แต่ยังมีต้องแจ้งการสั่งการให้ผู้ที่เกี่ยวข้องทราบ” และวรรคสองกำหนดว่า “ให้ผู้แต่งตั้งส่งสำนวนภายในเจ็ดวันนับแต่วันวินิจฉัยสั่งการให้กระทรวงการคลังเพื่อตรวจสอบ เว้นแต่เป็นเรื่องที่กระทรวงการคลังประกาศกำหนดว่าไม่ต้องรายงานให้กระทรวงการคลังตรวจสอบ” บทบัญญัติดังกล่าวเป็นการกำหนดขั้นตอนให้ต้องมีการส่งเรื่องไปให้หน่วยงานของรัฐอื่น (กระทรวงการคลัง) พิจารณาก่อนออกคำสั่งทางปกครอง ซึ่งในทางกฎหมายถือว่าเป็นขั้นตอนการดำเนินการปรึกษาและหารือก่อนออกคำสั่งทางปกครอง และการที่กฎหมายกำหนดให้หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ที่จะออกคำสั่งทางปกครองต้องดำเนินการให้หน่วยงานของรัฐ หรือเจ้าหน้าที่อื่นให้คำปรึกษาหรือให้ความเห็นชอบก่อนนี้ถือเป็นเงื่อนไขความสมบูรณ์ของคำสั่งทางปกครอง หากเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองไม่ดำเนินการจัดให้มีการให้คำปรึกษาหรือให้ความเห็นชอบก่อนออกคำสั่งทางปกครอง ส่งผลให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งศาลปกครองสูงสุดได้มีคำพิพากษา ที่ อ.157/2558 สรุปได้ว่าการออกคำสั่งให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน โดยที่ไม่ส่งเรื่องให้กระทรวงการคลังตรวจสอบมีผลทำให้คำสั่งให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนไม่ชอบด้วยกฎหมาย ข้อเท็จจริงปรากฏว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 (อธิบดีกรมศุลกากร) มีคำสั่งแต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบทางละเมิด กรณีผู้ส่งออกรายห้างหุ้นส่วนจำกัด ค. ร่วมกับเจ้าหน้าที่ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 (กรมศุลกากร) ทุจริตในการส่งออกโดยการจัดทำใบขนสินค้าขาออกและบัญชีสินค้าสำหรับเรือเป็นเท็จ และนำใบขนสินค้าขาออกฉบับมูมน้ำเงิน ไปยื่นขอรับเงินชดเชยค่าภาษีอากรทำให้รัฐเสียหาย คณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบทางละเมิด ได้เสนอความเห็นต่อผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ให้ผู้ฟ้องคดีที่ 1 ถึงที่ 6 ซึ่งเป็นนายตรวจศุลกากรและผู้ฟ้องคดีที่ 7 ซึ่งเป็นศุลกากรักษ์ ร่วมกันรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทน ต่อมาผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 มีคำสั่งลงวันที่ 5 พฤศจิกายน พ.ศ.2547 ให้ผู้ฟ้องคดีทั้งเจ็ดชดใช้ค่าสินไหมทดแทน หลังจากนั้นผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้ส่งสำนวนการสอบสวนให้กระทรวงการคลังตรวจสอบ ผู้ฟ้องคดี ทั้งเจ็ด ได้ยื่นหนังสืออุทธรณ์คำสั่งดังกล่าวต่อผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 แต่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 มิได้วินิจฉัยอุทธรณ์ จึงยื่นฟ้องคดีต่อศาลปกครองขอให้ศาลมีคำพิพากษาเพิกถอนคำสั่งให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ต่อมากระทรวงการคลังโดยกรมบัญชีกลางแจ้งผลการพิจารณาความรับผิดชอบทางละเมิด โดยให้ผู้ฟ้องคดีทั้งเจ็ดชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จึงมีคำสั่งลงวันที่ 9 กุมภาพันธ์ พ.ศ.2548 ให้ผู้ฟ้องคดีทั้งเจ็ดร่วมกันชดใช้ค่าสินไหมทดแทน

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่าการส่งสำนวนการสอบสวนข้อเท็จจริงให้กระทรวงการคลังตรวจสอบ ถือเป็นขั้นตอน วิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่ผู้มีอำนาจต้องดำเนินการโดยเคร่งครัด การที่กฎหมายหรือระเบียบปฏิบัติต่างๆ ได้ระบุขั้นตอนและวิธีการไว้ก็เพื่อเป็นการให้หลักประกันแก่ผู้ที่ได้รับผลกระทบจากกฎหรือคำสั่งทางปกครอง หากขั้นตอนดังกล่าวมีผลต่อกฎหรือคำสั่งทางปกครอง ขั้นตอนนั้นก็ถือเป็นขั้นตอนที่เป็นสาระสำคัญ ซึ่งหากมีกฎหมายหรือระเบียบปฏิบัติใดได้กำหนดขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญไว้ แต่ผู้ออกกฎหรือคำสั่งไม่ได้ปฏิบัติตามกฎหรือคำสั่งที่ออกมานั้น ย่อมเป็นนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งตาม ขั้นตอนในการออกคำสั่งตามมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 จะต้องส่งสำนวนภายในเจ็ดวันนับแต่วันที่วินิจฉัยสั่งการให้กระทรวง การคลังเพื่อตรวจสอบ การส่งสำนวนให้กระทรวงการคลังตรวจสอบเป็นขั้นตอนวิธีการอันเป็นสาระสำคัญในการออกคำสั่ง หากกระทรวงการคลังได้พิจารณาเรื่องดังกล่าวแล้วมีความเห็นแตกต่างจากความเห็นของคณะกรรมการสอบสวนข้อเท็จจริงความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่หน่วยงานของรัฐจะต้องเพิกถอนคำสั่งที่ได้ออกไปแล้วนั้น ซึ่งทำให้ผลการพิจารณาความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่เปลี่ยนแปลงไปด้วย ดังนั้น เมื่อผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ได้มีคำสั่งลงวันที่ 5 พฤศจิกายน พ.ศ.2547 ให้ผู้ฟ้องคดีทั้งเจ็ดชดใช้ค่าสินไหมทดแทน กรณีจึงเป็นการดำเนินการก่อนที่จะส่งสำนวนการสอบสวนและรายงานผลการพิจารณาความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ให้กระทรวงการคลัง เพื่อตรวจสอบ และเป็นการข้ามขั้นตอนที่ถือว่าเป็นสาระสำคัญตามที่ระบุไว้ในข้อ 17 ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 กระบวนการออกคำสั่งดังกล่าวของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 จึงไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอนและวิธีการอันเป็นสาระสำคัญ คำสั่งดังกล่าวจึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย แม้ต่อมาผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จะได้ส่งสำนวนให้กระทรวงการคลังตรวจสอบ และกระทรวงการคลังได้เห็นชอบและผู้ถูกฟ้อง คดีที่ 1 ได้มีคำสั่งลงวันที่ 9 กุมภาพันธ์ พ.ศ.2548 ให้ผู้ฟ้องคดีทั้งเจ็ดร่วมกันชดใช้ค่าสินไหม ทดแทนแก่ทางราชการตามความเห็นของกระทรวงการคลังซึ่งมีผลเป็นการแก้ไขคำสั่งของ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ลงวันที่ 5 พฤศจิกายน 2547 แต่ไม่มีผลทำให้คำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ลงวันที่ 5 พฤศจิกายน พ.ศ.2547 ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายมาตั้งแต่ต้นกลับเป็นคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายไปได้ และเนื่องจากยังมีเวลาพอสมควรที่จะส่งสำนวนให้กระทรวงการคลังตรวจสอบก่อนที่จะออกคำสั่ง ดังนั้น ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 จึงไม่อาจอ้างเหตุที่ว่าคดีใกล้ขาดอายุความมาเป็นข้อยกเว้นในการดำเนินการตามขั้นตอน วิธีการอันเป็นสาระสำคัญ พิพากษาให้เพิกถอนคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ลงวันที่ 5 พฤศจิกายน พ.ศ. 2547

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดเป็นบรรทัดฐานที่ดีสำหรับหน่วยงานของรัฐในการออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนจากการกระทำละเมิดตามมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 คือ

ประการที่หนึ่ง การส่งเรื่องให้กระทรวงการคลังตรวจสอบก่อนออกคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ผู้ต้องรับผิดชอบชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ถือเป็นขั้นตอนและวิธีการอันเป็นสาระสำคัญในการออกคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 ซึ่งถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครอง ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 และหากไม่ปฏิบัติตาม ศาลปกครองมีอำนาจเพิกถอนคำสั่งนั้นได้ ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542

ประการที่สอง มาตรา 10 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 กำหนดอายุความการใช้สิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจากเจ้าหน้าที่ โดยมีกำหนดอายุความสองปีนับแต่วันที่หน่วยงานของรัฐรู้ถึงการละเมิดและรู้ตัวเจ้าหน้าที่ผู้จะพึงต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทน กล่าวคือ นับแต่วันที่ผู้แต่งตั้งได้รับผลการพิจารณาของคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิด และได้วินิจฉัยสั่งการว่ามีผู้รับผิดชอบชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ดังนั้น เมื่อรายงานผลการสอบสวนให้กระทรวงการคลังตรวจสอบเป็นขั้นตอนและวิธีการอันเป็นสาระสำคัญ ผู้มีอำนาจจึงผูกพันที่จะต้องดำเนินการตามขั้นตอนดังกล่าวก่อนที่จะออกคำสั่งและไม้อาจนำเรื่องอายุความมาอ้างเพื่อไม่ต้องดำเนินการตามขั้นตอนดังกล่าวได้

เหตุที่กฎหมายกำหนดให้ต้องมีการให้คำปรึกษาหรือให้ความเห็นชอบก่อนก็เพื่อเป็นการประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนไม่ให้เกิดถูกระทบกระเทือนจากการใช้อำนาจในการออกคำสั่งทางปกครองเกินกว่าเหตุจำเป็น เนื่องจากการกำหนดให้มีการปรึกษาหารือก่อนที่จะได้มีการออกคำสั่งทางปกครองย่อมจะทำให้มีการถ่วงดุลการใช้อำนาจมากยิ่งขึ้น และเพื่อเป็นการประกันคุณภาพหรือประสิทธิภาพในการใช้อำนาจออกคำสั่งทางปกครอง และทำให้การออกคำสั่งเป็นไปเพื่อประโยชน์มหาชนและก่อให้เกิดประสิทธิภาพมากที่สุด<sup>195</sup> เมื่อพิจารณาบทบัญญัติตามข้อ 17 แห่งระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 การที่กฎหมายกำหนดให้ผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิดต้องส่งสำนวนให้กระทรวงการคลังตรวจสอบก็เพื่อให้การออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนนั้นมีความรอบคอบ มีการถ่วงดุลอำนาจระหว่างผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนกับกระทรวงการคลัง และเพื่อเป็นการประกันคุณภาพหรือประสิทธิภาพ

<sup>195</sup> เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายผังเมือง, หน้า 53

ในการใช้อำนาจออกคำสั่งทางปกครองของผู้แต่งตั้งกรรมการสอบสวน เนื่องจากคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ชุดใช้ค่าสินไหมทดแทนเป็นคำสั่งที่กระทบกระเทือนต่อสิทธิของเจ้าหน้าที่ผู้รับคำสั่ง ซึ่งหลักการนี้สอดคล้องกับหลักการของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีในเรื่องการพิจารณาเพื่อออกคำสั่งทางปกครองที่กำหนดหลักเกณฑ์ของการปรึกษาหารือหน่วยงานของรัฐก่อนออกคำสั่งทางปกครอง กรณีเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องมีการพิจารณาร่วมกับเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอื่น ก่อนที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้นจะออกนิติกรรมทางปกครอง เจ้าหน้าที่ชั้นต้นผู้รับผิดชอบจะต้องขอความเห็นหรือความเห็นชอบจากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอื่น เช่น การวินิจฉัยของเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายว่าด้วยการก่อสร้างอาคาร (BauG) ตามมาตรา 36 วรรคแรก จะต้องได้รับความเห็นชอบจากองค์กรปกครองตนเอง-เทศบาล และความเห็นชอบจากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองระดับสูงขึ้นไป<sup>196</sup> การกำหนดให้ผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบทางละเมิดมีหน้าที่ต้องส่งเรื่องไปปรึกษาหารือ และกำหนดให้กระทรวงการคลังเป็นผู้มีหน้าที่รับปรึกษาหารือนี้ เป็นการกำหนดตัวบุคคลผู้มีหน้าที่ต้องส่งเรื่องไปปรึกษาหารือและผู้มีหน้าที่ให้การปรึกษาหารือ ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้มีการจัดลักษณะขององค์กรปรึกษาหารือไว้<sup>197</sup> ดังนี้

(1) องค์กรที่ให้คำปรึกษาหารือเบื้องต้นแก่ผู้มีอำนาจทำคำสั่งทางปกครอง กล่าวคือผู้มีอำนาจออกคำสั่งทางปกครองต้องหารือองค์กรดังกล่าวก่อนการสั่งการ ซึ่งผู้ออกคำสั่งอาจเป็นบุคคลเดียวหรือเป็นองค์กรคณะทางบริหารก็ได้ เช่น สภามหาวิทยาลัย สภาเทศบาล และสภาหอการค้า

(2) การปฏิบัติทางสภา คือ การกำหนดให้การกระทำของรัฐบาลบางเรื่องต้องผ่านการหารือคณะกรรมาธิการหรือผู้เสนอรายงานของคณะกรรมาธิการของรัฐสภาเสียก่อน กฎฎีกาที่ออกภายใต้เงื่อนไขนี้ถือว่าเป็นการกระทำทางปกครอง ดังนั้น ถ้าไม่ผ่านการหารือย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย

(3) กรณีองค์กรที่ให้คำปรึกษาหารืออาจเป็นองค์กรเอกชนก็ได้ เช่น สหภาพศาลปกครองจะไม่มีอำนาจเข้าไปพิจารณาถึงความชอบด้วยกฎหมายของคำหารือจะพิจารณาเพียงว่าได้มีการปฏิบัติตามขั้นตอน คือ มีการหารือหรือไม่

(4) องค์กรให้คำปรึกษาหารืออาจเป็นองค์กรทางปกครองที่เป็นองค์กรคณะและมีหน้าที่เพียงแต่ให้คำปรึกษาหารือเท่านั้น

การส่งสำนวนการของผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบทางละเมิดให้กระทรวงการคลังตรวจสอบนี้ กระทรวงการคลังจึงมีลักษณะเป็นหน่วยงานของรัฐหรือองค์กรผู้ให้ปรึกษาหารือเบื้องต้นแก่ผู้มีอำนาจออกคำสั่งทางปกครอง ตามหลักการของระบบกฎหมายของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส ซึ่งหากไม่ได้ดำเนินการปรึกษาหารือกระทรวงการคลัง

<sup>196</sup> กมลชัย รัตนสกลวงศ์, *หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน: พื้นฐานความรู้ทั่วไปหลักกฎหมาย*, หน้า 151

<sup>197</sup> ประสาท พงษ์สุวรรณ, “เหตุที่ใช้อ้างในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง”, หน้า 268

ก่อนออกคำสั่ง คำสั่งนั้นจะถือว่าเป็นนิติกรรมทางปกครองที่ออกไปโดยผิดขั้นตอนหรือวิธีการ ส่งผลให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย ตามที่ศาลปกครองสูงสุดได้มีคำพิพากษาซึ่งจะแตกต่างจากในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เนื่องจากตามรัฐบัญญัติวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองฯ มาตรา 44 (3) ได้บัญญัติหลักการเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองที่มีความบกพร่องที่อาจมีผลทำให้คำสั่งนั้นตกเป็นโมฆียะ โดยได้กำหนดว่า คำสั่งทางปกครองที่บกพร่องด้วยเหตุใดเหตุหนึ่งใน 4 ประการ ตามมาตรานี้ จะทำให้คำสั่งทางปกครองไม่สมบูรณ์ในลักษณะที่เป็นโมฆกรรม ซึ่งในมาตรา 44 (3) ข้อ 4 ได้กำหนดให้การออกคำสั่งทางปกครองโดยไม่ได้ขอความเห็นชอบหรือขอความร่วมมือจากเจ้าหน้าที่อื่นตามที่กฎหมายกำหนดไว้ จะมีผลทำให้คำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตามคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเพราะเหตุไม่ได้ขอความเห็นชอบหรือขอความร่วมมือจากเจ้าหน้าที่อื่นดังกล่าว สามารถเยียวยาแก้ไขให้เป็นคำสั่งทางปกครองสมบูรณ์ได้ หากได้มีการจัดให้การให้ความเห็นชอบในภายหลังตามมาตรา 34(1) ข้อ 5 ผู้ศึกษาเห็นว่ากรณีที่ข้อ 17 แห่งระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 กำหนดให้ผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริง ความรับผิดชอบต้องส่งสำนวนไปให้กระทรวงการคลังพิจารณา ก่อให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติ ดังนี้

### 1.1 การกำหนดให้ผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบ

ทุกหน่วยงานไม่ว่าจะเป็นหน่วยงานราชการส่วนกลาง (กระทรวง ทบวง กรม) ราชการส่วนภูมิภาค (จังหวัด อำเภอ) ราชการส่วนท้องถิ่น (องค์การบริหารส่วนจังหวัด องค์การบริหารส่วนตำบล เทศบาล กรุงเทพมหานคร และเมืองพัทยา) รัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือ พระราชกฤษฎีกา หรือหน่วยงานอื่นของรัฐตามกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ ส่งสำนวนไปให้กระทรวงการคลังพิจารณา ซึ่งตามข้อ 21 แห่งระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 กำหนดให้ในการพิจารณาของกระทรวงการคลัง ให้มี "คณะกรรมการพิจารณาความรับผิดชอบทางแพ่ง" เป็นผู้พิจารณาให้ความเห็นต่อกระทรวงการคลัง โดยคณะกรรมการประกอบด้วย อธิบดีกรมบัญชีกลางเป็นประธานกรรมการ ผู้แทนสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ผู้แทนสำนักงานอัยการสูงสุด ผู้แทนสำนักงานตรวจเงินแผ่นดิน และผู้แทนกระทรวงการคลังตามจำนวนที่จำเป็นซึ่งปลัดกระทรวง การคลังแต่งตั้ง เป็นกรรมการ ส่งผลให้มีเรื่องที่ส่งให้กระทรวงการคลังพิจารณาจำนวนมากสำนวนการสอบสวนข้อเท็จจริงความรับผิดชอบของหน่วยงานต่างๆ ปรากฏว่า สำนวนการสอบสวนข้อเท็จจริงความรับผิดชอบส่วนใหญ่มิมีเอกสารประกอบการพิจารณาเป็นจำนวนมากซึ่งบางเรื่องเป็นเอกสารที่ต้องใช้ประกอบการพิจารณา บางเรื่องเป็นการส่งเอกสาร

ซ้ำซ้อนหรือเป็นเอกสารภายในที่ไม่เกี่ยวข้องกับสำนวนการสอบสวนคดี ทำให้การพิจารณาของกระทรวงการคลังเกิดความล่าช้า ส่งผลต่ออายุความในการใช้สิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจากเจ้าหน้าที่ ซึ่งตามมาตรา 10 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 กำหนดอายุความการใช้สิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจากเจ้าหน้าที่โดยมีกำหนดอายุความสองปีนับแต่วันที่หน่วยงานของรัฐรู้ถึงการละเมิดและรู้ตัวเจ้าหน้าที่ผู้จะพึงต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทน กล่าวคือ นับแต่วันที่ผู้แต่งตั้งได้รับผลการพิจารณาของคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิด

**1.2 เกิดความลักลั่นในการปฏิบัติและการบังคับใช้**เนื่องด้วยตามข้อ 17 วรรคสอง ตอนท้าย แห่งระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 กำหนดให้ผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิดไม่ต้องส่งสำนวนให้กระทรวงการคลังพิจารณาตรวจสอบ หากเป็นเรื่องที่กระทรวงการคลังประกาศกำหนดว่าไม่ต้องรายงานให้กระทรวงการคลังตรวจสอบ โดยผู้แต่งตั้งเมื่อพิจารณาความเห็นของคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิดแล้วสามารถออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนได้ทันที ไม่ต้องส่งสำนวนให้กระทรวงการคลังตรวจสอบอีก ซึ่งเหตุผลที่กระทรวงการคลังใช้ในการออกประกาศ ยกเว้นเรื่องความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ที่ไม่ต้องส่งสำนวนให้กระทรวงการคลังตรวจสอบ คือ เพื่อเป็นการลดขั้นตอนวิธีปฏิบัติ และให้การพิจารณาผลการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิด การชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเสร็จสิ้นไปโดยเร็วและมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น ซึ่งจะเห็นได้ว่ากระทรวงการคลังให้ความสำคัญในเรื่องของการได้รับชดใช้ความเสียหายคืนแก่รัฐมากกว่าที่จะคำนึงถึงการประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนไม่ให้อำนาจปัจจุบันกระทรวงการคลังได้มีประกาศกระทรวงการคลัง เรื่อง ความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ที่ไม่ต้องรายงานให้กระทรวงการคลังตรวจสอบ ลงวันที่ 31 มีนาคม พ.ศ.2552 กำหนดความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ที่ไม่ต้องรายงานให้กระทรวงการคลังตรวจสอบ ดังนี้

1) ความเสียหายเกิดขึ้นกับทรัพย์สินของหน่วยงานของรัฐจากสาเหตุทั่วไป (เช่น อุบัติเหตุเพลิงไหม้ ทรัพย์สินเสียหายหรือสูญหาย เป็นต้น) ซึ่งมีได้มีสาเหตุจากการทุจริต เงินขาดบัญชี หรือการไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย กฎ ระเบียบ มติคณะรัฐมนตรีหรือข้อบังคับต่าง ๆ หน่วยงานของรัฐไม่ต้องส่งเรื่องให้กระทรวงการคลังตรวจสอบ ดังนี้

(1) สำหรับส่วนราชการ ค่าเสียหายครั้งละไม่เกิน 500,000 บาท

(2) สำหรับราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจและหน่วยงานอื่นของรัฐ

ค่าเสียหายครั้งละไม่เกิน 1,000,000 บาท

(3) ความเสียหายที่มีจำนวนเกินกว่าข้อ 1.1 และ 1.2 และหน่วยงานของรัฐพิจารณาแล้วเห็นว่าผู้ต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายเสียหายตั้งแต่ร้อยละ 75 ของค่าเสียหายทั้งหมด

2) ความเสียหายเกิดขึ้นแก่หน่วยงานของรัฐซึ่งมีสาเหตุจากการทุจริต หรือมีสาเหตุมาจากการที่เงินขาดบัญชี หรือการไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย กฎ ระเบียบ มติคณะรัฐมนตรีหรือข้อบังคับ ต่าง ๆ (เช่น การไม่ปฏิบัติตามกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณหรือระเบียบที่เกี่ยวข้องกับการเงินการคลัง การจัดซื้อจัดจ้างไม่ปฏิบัติตามระเบียบ ฯ ว่าด้วยการพัสดุหรือฝ่าฝืนมติคณะรัฐมนตรี เป็นต้น) หน่วยงานของรัฐไม่ต้องส่งเรื่องให้กระทรวงการคลังตรวจสอบ ดังนี้

(1) สำหรับส่วนราชการ ค่าเสียหายครั้งละไม่เกิน 200,000 บาท

(2) สำหรับราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจและหน่วยงานอื่นของรัฐ ค่าเสียหายครั้งละไม่เกิน 400,000 บาท

(3) ความเสียหายที่มีจำนวนเกินกว่าข้อ 2.1 และ 2.2 และหน่วยงานของรัฐได้พิจารณา ดังนี้

ก. ความเสียหายซึ่งมีสาเหตุจากการทุจริตและหน่วยงานของรัฐได้พิจารณาให้ผู้ทุจริตรับผิดชอบใช้เต็มจำนวนความเสียหาย และพิจารณาให้ผู้เกี่ยวข้องซึ่งกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง จนเป็นโอกาสหรือช่องทางให้เกิดการทุจริต ชดใช้ค่าเสียหายเต็มจำนวนความเสียหายตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 แล้ว

ข. ความเสียหายซึ่งมีสาเหตุจากการที่เงินขาดบัญชีหรือการไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย กฎ ระเบียบ มติคณะรัฐมนตรีหรือข้อบังคับต่าง ๆ และต้องมิได้เกิดจากการทุจริต และหน่วยงานของรัฐได้พิจารณาให้ผู้กระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงชดใช้ค่าเสียหายเต็มจำนวนความเสียหายตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 แล้ว จะเห็นได้ว่ากรณีที่จะไม่ส่งเรื่องใดให้กระทรวงการคลังตรวจสอบนั้นขึ้นอยู่กับดุลพินิจ ของกระทรวงการคลังเพียงผู้เดียว โดยเรื่องใดที่ไม่ต้องส่งสำนวนให้กระทรวงการคลังตรวจสอบ ผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิดเมื่อพิจารณาแล้วสามารถออกคำสั่งเรียกให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนได้ทันที ซึ่งกรณีดังกล่าวถือว่าไม่ได้มีการปรึกษาหารือหรือก่อนออกคำสั่งทางปกครองตามหลักกฎหมายของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส ดังนั้น วัตถุประสงค์ของการกำหนดให้ส่งเรื่องให้กระทรวงการคลังตรวจสอบ ก็ไม่ได้ครอบคลุมเรื่องความผิดทางละเมิดในทุกกรณี การอ้างว่าส่งเรื่องให้กระทรวงการคลังตรวจสอบก่อนออกคำสั่งเรียกให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนซึ่งเป็นคำสั่งทางปกครอง เพื่อเป็นการประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนไม่ให้อำนาจในการออกคำสั่งทางปกครองเกินกว่าเหตุจำเป็น เนื่องจากการกำหนดให้มีการปรึกษาหารือ

ก่อนที่จะได้มีการออกคำสั่งทางปกครองย่อมจะทำให้มีการถ่วงดุลการใช้อำนาจมากยิ่งขึ้น และเพื่อเป็นการประกันคุณภาพหรือประสิทธิภาพในการใช้อำนาจออกคำสั่งทางปกครอง และทำให้การออกคำสั่งเป็นไปเพื่อประโยชน์มหาชนและก่อให้เกิดประสิทธิภาพมากที่สุด ก็ไม่ถูกต้องเสียทั้งหมด และไม่เป็นธรรมกับผู้ต้องรับผิดที่อยู่ในกรณีเป็นเรื่องความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ที่ไม่ต้องรายงานให้กระทรวงการคลังตรวจสอบ โดยผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิดสามารถพิจารณาและออกคำสั่งได้ทันที โดยที่บุคคลผู้ต้องรับผิดจะไม่ได้รับหลักการประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนไม่ให้อำนาจการกระทบกระเทือนจากการใช้อำนาจในการออกคำสั่งทางปกครองเกินกว่าเหตุจำเป็น หลักการถ่วงดุลการใช้อำนาจมากยิ่งขึ้น และการประกันคุณภาพหรือประสิทธิภาพในการใช้อำนาจออกคำสั่งทางปกครอง แม้กระทรวงการคลังจะเห็นว่า เป็นเรื่องที่มีความผิดเล็กน้อยหรือมีความเสียหายไม่มากก็ตาม จากปัญหาทั้งสองประการดังกล่าว ผู้ศึกษาเห็นว่า เพื่อให้การออกคำสั่งเรียกให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ซึ่งถือเป็นคำสั่งทางปกครอง ให้ใช้เงิน และบุคคลผู้ต้องรับผิดในทุกกรณีที่มีความเสียหายได้รับเอกสิทธิหรือความคุ้มครองจากรัฐอย่างเท่าเทียมกัน จึงควรมีการแก้ไขปัญหาดังกล่าว เพื่อให้การปฏิบัติเป็นไปในแนวทางเดียวกัน

## 2. วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับกรณีการที่ผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิด ต้องดำเนินการออกคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามความเห็นของกระทรวงการคลัง

ตามข้อ 18 วรรคแรก แห่งระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 และที่แก้ไขเพิ่มเติม กำหนดว่า “เมื่อกระทรวงการคลังพิจารณาเสร็จแล้ว ให้ผู้แต่งตั้งมีคำสั่งตามความเห็นของกระทรวงการคลังและแจ้งคำสั่งนั้นให้ผู้ที่เกี่ยวข้องทราบ รวมทั้งราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้น โดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา หรือหน่วยงานอื่นของรัฐตามกฎหมายว่าด้วยความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ ให้ผู้แต่งตั้งของหน่วยงานของรัฐแห่งนั้นสั่งการไปตามความเห็นของกระทรวงการคลัง” การที่ระเบียบดังกล่าวกำหนดให้ผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิดจะต้องดำเนินการออกคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามความเห็นของกระทรวงการคลังเท่านั้น โดยที่ผู้แต่งตั้งคณะกรรมการไม่สามารถพิจารณาออกคำสั่งเป็นอย่างอื่นนอกเหนือจากความเห็นของกระทรวงการคลัง ถือเป็นการกำหนดบังคับให้ผู้แต่งตั้งคณะกรรมการต้องผูกพัน ตามความเห็นของกระทรวงการคลัง โดยหลักการพิจารณาเพื่อออกคำสั่งทางปกครองที่ต้องดำเนินการปรึกษาหารือหน่วยงานของรัฐอื่นก่อนออกคำสั่งทางปกครอง



ในประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้มีหลักการเกี่ยวกับลักษณะของความเห็นและการต้องผูกพันตามความเห็นของหน่วยงานที่ปรึกษาหารือไว้ ดังนี้

(1) กรณีต้องถือตามความเห็นขององค์กรที่หารือไป (avis conforme) กล่าวคือ เมื่อองค์กร ที่ให้ความเห็นมีความเห็นอย่างไร เจ้าหน้าที่ผู้สั่งการต้องสั่งการไปตามนั้น จะตัดสินใจเป็นอย่างอื่นไม่ได้ การไม่ปฏิบัติตามย่อมทำให้การสั่งการหรือการกระทำนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายและในกรณีเช่นนี้ถือเป็นปัญหาเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย ศาลสามารถยกขึ้นพิจารณาเองได้

(2) การต้องหารือแต่ไม่ต้องถือตามความเห็นที่ให้ (avis simple) กรณีนี้กฎหมายบังคับว่าต้องหารือ แต่เมื่อได้รับความเห็นมาแล้วจะปฏิบัติตามความเห็นดังกล่าวหรือไม่ก็ได้ ดังนั้น ถ้าสั่งการไปโดยไม่หารือเสียก่อน การกระทำนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย

(3) กฎหมายไม่ได้บังคับให้หารือ (avis facultative) กรณีนี้ฝ่ายปกครองจะหารือหรือไม่ก็ได้ และหารือไปแล้วจะถือตามหรือไม่ก็ได้เช่นกัน อย่างไรก็ตามถ้าฝ่ายปกครองหารือไป และสั่งการไปตามความเห็นที่ได้รับ โดยถือว่าตนต้องผูกพันตามความเห็นนั้น การกระทำทางปกครองที่กระทำไปบนเหตุผลดังกล่าวย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ส่วนลักษณะของคำสั่งที่ออกภายหลังการปรึกษาหารือที่สำคัญ มีดังนี้

(1) คำปรึกษาหารือที่มีลักษณะบังคับ (avis contraignant) เป็นกรณีที่คำสั่งทางปกครองจะออกได้ก็โดยการเสนอขององค์กรปรึกษาหารือให้ผู้มีอำนาจออกคำสั่งนั้นๆ การริเริ่มจึงอยู่ที่องค์กรปรึกษาหารือ ผู้มีอำนาจออกคำสั่งจะต้องผูกพันตามคำหารือก็ต่อเมื่อตนเห็นสมควรว่าต้องออกคำสั่ง ถ้าตนไม่เห็นด้วยก็ไม่ออกคำสั่งเลยหรือขอให้เสนอมาใหม่ และถ้าเห็นด้วยแต่ไม่ออกคำสั่งตามคำปรึกษาหารือ คำสั่งนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย

(2) คำปรึกษาหารือต้องถือตาม (avis conforme) มีลักษณะคล้ายคำปรึกษาหารือที่มีลักษณะบังคับมาก จะต่างกันก็ตรงที่การริเริ่มก่อนมีคำสั่งในกรณีนี้จะมาจากฝ่ายปกครอง คือ ผู้มีอำนาจสั่งการไม่ใช่มาจากคณะกรรมการปรึกษาหารือ เมื่อฝ่ายปกครองริเริ่มแล้วจะต้องเสนอเรื่องนั้นไปให้คณะกรรมการปรึกษาหารือให้ความเห็น ซึ่งเมื่อคณะกรรมการปรึกษาหารือให้ความเห็นอย่างไรแล้ว คำสั่งที่ออกมาต้องเป็นไปตามนั้น ถ้าแตกต่างออกไปคำสั่งนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย ถ้าไม่เห็นด้วยกับความเห็นของคณะกรรมการปรึกษาหารือก็ไม่ต้องออกคำสั่งนั้น

สำหรับประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ไม่ได้มีการกำหนดลักษณะของความเห็นและการต้องผูกพันตามความเห็นของหน่วยงานที่ปรึกษาไว้ แต่ได้กำหนดว่าในการพิจารณาทางปกครอง หากเป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องพิจารณาร่วมกันของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอื่น ก่อนที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะออกนิติกรรมทางปกครองบางเรื่อง เจ้าหน้าที่ชั้นต้นผู้รับผิดชอบจะต้องขอความเห็นหรือความเห็นชอบจากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอื่น

ตัวอย่างเช่น การวินิจฉัยของเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายว่าด้วยการก่อสร้างอาคาร (B BauG) ตามมาตรา 36 วรรคแรก จะต้องได้รับความเห็นชอบจากองค์การปกครองตนเอง - เทศบาล (Gemeinde) และความเห็นชอบจากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองระดับสูงขึ้นไป ซึ่งศาลปกครองสหพันธ์รัฐวินิจฉัยว่าการร่วมกระทำกรณีนี้นี้เป็นเรื่องภายในฝ่ายปกครองไม่มีผลกระทบต่อประชาชน กรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอื่นไม่ให้ความเห็นชอบเป็นเหตุให้เจ้าหน้าที่ชั้นต้นผู้รับผิดชอบปฏิเสธที่จะออกไปอนุญาตให้ประชาชนผู้ร้องขอ ผู้ร้องขอจะฟ้องโต้แย้งการร่วมกระทำกรณของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้นี้โดยลำพังไม่ได้ แต่จะต้องฟ้องโต้แย้งตัวนิติกรรมทางปกครอง กล่าวคือ การไม่อนุญาตให้ก่อสร้างอาคารของเจ้าหน้าที่ชั้นต้นผู้รับผิดชอบ และศาลมีอำนาจควบคุมตรวจสอบถึงความไม่ชอบด้วยกฎหมายของการไม่ให้ความเห็นชอบของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอื่นนั้นด้วย จะเห็นได้ว่าในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีไม่ได้มีการกำหนดในลักษณะบังคับว่าต้องปฏิบัติตามความเห็นของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอื่นที่ได้ขอความเห็นหรือความเห็นชอบไป เมื่อพิจารณาคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนของประเทศไทย เปรียบเทียบกับหลักทางกฎหมายของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสและประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีแล้ว เห็นว่าการที่ผู้แต่งคณะกรรมการจะต้องถือตามความเห็นของกระทรวงการคลัง ถือว่าเป็นกรณีที่ต้องถือตามความเห็นขององค์กรที่หารือไปตามหลักการของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส ซึ่งลักษณะของคำสั่งที่ต้องถือตามความเห็นขององค์กรที่หารือไปมีผล คือ เมื่อคณะกรรมการปรึกษาหารือให้ความเห็นอย่างไรแล้ว คำสั่งที่ออกมาต้องเป็นไปตามนั้น ถ้าแตกต่างออกไปคำสั่งนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ถ้าไม่เห็นด้วยกับความเห็นของคณะกรรมการปรึกษาหารือก็ไม่ต้องออกคำสั่งนั้น กล่าวคือ เมื่อกระทรวงการคลังมีความเห็นอย่างไรแล้ว ผู้แต่งตั้งต้องดำเนินการออกคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามความเห็นของกระทรวงการคลังนั้น หากผู้แต่งตั้งเห็นด้วยกับความเห็นของกระทรวงการคลัง แต่อย่างไรก็ตามหากผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนไม่เห็นด้วยกับความเห็นของกระทรวงการคลัง ผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนก็ต้องไม่ออกคำสั่งนั้นเลย ซึ่งผู้ศึกษาเห็นว่า การกำหนดดังกล่าวนี้ก่อให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติ และขัดต่อหลักการของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสกรณีที่ต้องถือตามความเห็นขององค์กรที่ต้องหารือไป และการกำหนดดังกล่าวยังส่งผลถึงกรณีการอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าวด้วยเนื่องจากคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 เจ้าหน้าที่มีความประสงค์จะฟ้องขอให้ศาลปกครองมีคำพิพากษาเพิกถอนคำสั่งให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน จะต้องอุทธรณ์คำสั่งต่อผู้ทำคำสั่งก่อนฟ้องคดีเนื่องจากขั้นตอนการอุทธรณ์ถือเป็นเงื่อนไขในการฟ้องคดีปกครอง หากไม่อุทธรณ์คำสั่งแต่นำคดีมาฟ้องต่อศาลศาลจะไม่รับคำฟ้องนั้นไว้พิจารณา เพราะถือว่าผู้ฟ้องคดีไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขในการฟ้องคดีตาม

มาตรา 42 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 อย่างไรก็ดี แม้การอุทธรณ์คำสั่งจะถือเป็นเงื่อนไขในการฟ้องคดีปกครอง แต่หากพิจารณากฎหมายและระเบียบปฏิบัติที่เกี่ยวข้องจะพบว่ากระบวนการในการพิจารณาคำอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองตามมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 มีปัญหาที่ทำให้การดำเนินการไม่มีผลในทางปฏิบัติ กล่าวคือ ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 ข้อ 18 กำหนดว่า ให้ผู้แต่งตั้งมีคำสั่งความเห็นของกระทรวงการคลัง ข้อกำหนดดังกล่าวก็ส่งผลโดยตรงต่อการใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งทางปกครองของหัวหน้าหน่วยงานของรัฐ เนื่องจากตามกฎหมายหัวหน้าหน่วยงานของรัฐย่อมผูกพันที่จะต้องออกคำสั่งตามความเห็นของกระทรวงการคลัง และแม้ต่อมาจะมีการอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าวผู้แต่งตั้งหรือผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ก็จะต้องวินิจฉัยสั่งการคำอุทธรณ์ตามผลการตรวจสอบของกระทรวงการคลังอยู่เช่นเดิม กระบวนการหรือขั้นตอนการอุทธรณ์จึงไม่มีผลในทางปฏิบัติในการที่จะเปลี่ยนแปลงหรือแก้ไขคำสั่งทางปกครองให้แตกต่างไปจากความเห็นของกระทรวงการคลังได้



## บทที่ 5

### บทสรุปและข้อเสนอแนะ

#### 1. บทสรุป

ในการจัดทำบริการสาธารณะของหน่วยงานของรัฐโดยทั่วไปจะเป็นไปเพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชนโดยส่วนรวม ตามขอบเขตแห่งกฎหมายที่ให้อำนาจโดยจะมีหน่วยงานของรัฐต่างๆ เป็นผู้รับผิดชอบ และมีเจ้าหน้าที่ของรัฐในหน่วยงานนั้นๆ เป็นผู้ที่มีบทบาทสำคัญในการดำเนินกระบวนการพิจารณาทางปกครองเพื่อให้กิจการสาธารณะบรรลุผล ในบางครั้งการดำเนินการของเจ้าหน้าที่รัฐไม่ว่าจะเป็นการกระทำโดยจงใจหรือโดยประมาทเลินเล่อก็ตามอาจก่อให้เกิดความเสียหายได้ทั้งในส่วนที่เป็นการกระทำต่อบุคคลภายนอกและต่อหน่วยงานของรัฐเอง และหากการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายนั้นเข้าหลักเกณฑ์ที่ถือว่าการกระทำละเมิดอันเนื่องมาจากการปฏิบัติหน้าที่ตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 แล้วเจ้าหน้าที่ผู้นั้นจะต้องตกอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติดังกล่าว โดยกรณีที่เจ้าหน้าที่ปฏิบัติหน้าที่แล้วก่อให้เกิดความเสียหายต่อหน่วยงานของรัฐ หน่วยงานของรัฐแห่งนั้นสามารถออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ผู้ก่อให้เกิดความเสียหายชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่หน่วยงานของรัฐได้ตามมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติฉบับนี้ ซึ่งขั้นตอนของการพิจารณาเพื่อออกคำสั่งให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนจะดำเนินกระบวนการพิจารณาตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 อันเป็นกฎหมายหลักที่เป็นกฎหมายกลางที่ใช้ในการพิจารณาทางปกครอง ส่วนในขั้นตอนที่เป็นรายละเอียดของกระบวนการพิจารณาทางปกครองเพื่อออกคำสั่งที่พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 ไม่ได้กำหนดไว้ กระบวนการและขั้นตอนการพิจารณาจะเป็นไปตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 เช่น การแต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิด ขั้นตอนและกระบวนการพิจารณาและการออกคำสั่งให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน เป็นต้น ดังนั้น ระเบียบฉบับดังกล่าวจึงเป็นหลักเกณฑ์ในรายละเอียดที่หน่วยงานของรัฐจะใช้ในการดำเนินการเพื่อออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ซึ่งผู้ศึกษาพบว่ามีปัญหาเกิดขึ้นเกี่ยวกับกรณีที่หน่วยงานของรัฐต้องดำเนินการออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามความเห็นของกระทรวงการคลัง ดังนี้

## 1.1 ปัญหาเกี่ยวกับกรณีการที่ผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิดต้องส่งสำนวนไปให้กระทรวงการคลังพิจารณา

ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 ได้กำหนดให้หน่วยงานของรัฐที่ได้รับความเสียหายซึ่งเกิดจากการกระทำของเจ้าหน้าที่ แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิดขึ้นมาเพื่อสอบสวนให้ทราบว่าเจ้าหน้าที่ได้กระทำละเมิดต่อหน่วยงานของรัฐหรือไม่ เป็นการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่หรือไม่ หากเป็นการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่เจ้าหน้าที่ได้กระทำการนั้นไปด้วยความจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงหรือไม่ จำนวนค่าเสียหายเป็นเท่าใด และเมื่อคณะกรรมการสอบสวนดำเนินการสอบสวนเสร็จแล้ว ผู้แต่งตั้งจะวินิจฉัยสั่งการว่ามีผู้ใดต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนหรือไม่ และเป็นจำนวนเท่าใด จากนั้นผู้แต่งตั้งจะต้องส่งสำนวนการสอบสวนให้กระทรวงการคลังพิจารณาตรวจสอบตามข้อ 17 วรรคสอง บทบัญญัติดังกล่าวเป็นการกำหนดขั้นตอนให้ต้องมีการส่งเรื่องไปให้หน่วยงานของรัฐอื่น (กระทรวงการคลัง) พิจารณาก่อนออกคำสั่งทางปกครอง หากเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองไม่ส่งเรื่องให้กระทรวงการคลังตรวจสอบมีผลทำให้คำสั่งให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนไม่ชอบด้วยกฎหมาย การกำหนดดังกล่าว ก่อให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติ ดังนี้

### 1.1.1 การกำหนดให้ผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิดทุกหน่วยงานไม่ว่าจะเป็นหน่วยงานราชการส่วนกลาง (กระทรวง ทบวง กรม) ราชการส่วนภูมิภาค (จังหวัด อำเภอ) ราชการส่วนท้องถิ่น (องค์การบริหารส่วนจังหวัด องค์การบริหารส่วนตำบล เทศบาล กรุงเทพมหานคร และเมืองพัทยา) รัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา หรือหน่วยงานอื่นของรัฐตามกฎหมายว่าด้วยความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ ส่งสำนวนไปให้กระทรวงการคลังพิจารณา ซึ่งตามข้อ 21 แห่งระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 กำหนดให้ในการพิจารณาของกระทรวงการคลัง ให้มี "คณะกรรมการพิจารณาความรับผิดทางแพ่ง" เป็นผู้พิจารณาให้ความเห็นต่อกระทรวงการคลัง ส่งผลให้มีเรื่องที่จะส่งให้กระทรวงการคลังพิจารณาจำนวนมาก ทำให้การพิจารณาของกระทรวงการคลังเกิดความล่าช้า ส่งผลต่ออายุความในการใช้สิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจากเจ้าหน้าที่ ซึ่งตามมาตรา 10 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 กำหนดอายุความการใช้สิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจากเจ้าหน้าที่ มีกำหนดอายุความสองปีนับแต่วันที่หน่วยงานของรัฐรู้ถึงการละเมิดและรู้ตัวเจ้าหน้าที่ ผู้จะพึงต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทน กล่าวคือ นับแต่วันที่ผู้แต่งตั้งได้รับผลการพิจารณาของคณะกรรมการสอบสวนข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิด

**1.1.2 เกิดความลัทธิในการปฏิบัติและการบังคับใช้** เนื่องด้วยตามข้อ 17 วรรคสอง ตอนท้าย แห่งระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 กำหนดให้ผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบทางละเมิดไม่ต้องส่งสำนวนให้กระทรวงการคลังพิจารณาตรวจสอบ หากเป็นเรื่องที่กระทรวงการคลังประกาศกำหนดว่าไม่ต้องรายงานให้กระทรวงการคลังตรวจสอบ โดยผู้แต่งตั้งเมื่อพิจารณาความเห็นของคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบทางละเมิดแล้วสามารถออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนได้ทันที ซึ่งเหตุผลที่กระทรวงการคลังใช้ในการออกประกาศ ยกเว้นเรื่องความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ที่ไม่ต้องส่งสำนวนให้กระทรวงการคลังตรวจสอบ คือ เพื่อเป็นการลดขั้นตอนวิธีปฏิบัติ และให้การพิจารณาผลการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบทางละเมิด การชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเสร็จสิ้นไปโดยเร็ว และมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น จะเห็นได้ว่ากระทรวงการคลังให้ความสำคัญในเรื่องของการได้รับชดใช้ความเสียหายคืนแก่รัฐมากกว่าที่จะคำนึงถึงการประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชน ไม่ให้ต้องถูกกระทบกระเทือนจากการใช้อำนาจในการออกคำสั่งทางปกครอง หรือการถ่วงดุลการใช้อำนาจ การที่จะไม่ส่งเรื่องใดให้กระทรวงการคลังตรวจสอบนั้นขึ้นอยู่กับดุลพินิจของกระทรวงการคลังเพียงผู้เดียว ดังนั้น วัตถุประสงค์ของการกำหนดให้ส่งเรื่องให้กระทรวงการคลังตรวจสอบก็ไม่ได้ครอบคลุมเรื่องความผิดทางละเมิดในทุกกรณี และไม่เป็นที่ชอบด้วยผู้ต้องรับผิดชอบที่อยู่ในกรณีเป็นเรื่องความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ที่ไม่ต้องรายงานให้กระทรวงการคลังตรวจสอบ ซึ่งผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบทางละเมิดสามารถพิจารณาและออกคำสั่งได้ทันที โดยที่บุคคลผู้ต้องรับผิดชอบ จะไม่ได้รับหลักการประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชน ไม่ให้ต้องถูกกระทบกระเทือนจากการใช้อำนาจในการออกคำสั่งทางปกครองเกินกว่าเหตุจำเป็น หลักการถ่วงดุลอำนาจ และคุณภาพหรือประสิทธิภาพในการใช้อำนาจออกคำสั่งทางปกครอง แม้กระทรวงการคลังจะเห็นว่าเป็นเรื่องที่มีความผิดเล็กน้อยหรือมีความเสียหายไม่มากก็ตาม แต่บุคคลผู้ต้องรับผิดชอบในทุกกรณีที่มีความเสียหายควรได้รับเอกสิทธิ์หรือความคุ้มครองจากรัฐอย่างเท่าเทียมกัน

**1.2 ปัญหาเกี่ยวกับกรณีการที่ผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบทางละเมิด ต้องดำเนินการออกคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามความเห็นของกระทรวงการคลัง**

เนื่องด้วยระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 ได้กำหนดให้ผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบทางละเมิดต้องส่งสำนวนการสอบสวนให้กระทรวงการคลังพิจารณาตรวจสอบ และเมื่อกระทรวงการคลังตรวจสอบเสร็จแล้ว ผู้แต่งตั้งจะต้องดำเนินการตามข้อ 18 วรรคหนึ่งและวรรคสอง

ซึ่งกำหนดให้กระทรวงการคลังเข้ามามีบทบาทเป็นองค์กรตรวจสอบสำนวนการสอบสวนของหน่วยงานของรัฐที่ได้รับความเสียหาย และไม่ว่าผลการตรวจสอบของกระทรวงการคลังจะเป็นเช่นใด หัวหน้าหน่วยงานของรัฐก็ผูกพันที่จะต้องมีคำสั่งตามความเห็นของกระทรวงการคลัง จึงเห็นได้ว่ากระทรวงการคลังเป็นองค์กรที่มีอำนาจวินิจฉัยว่าเจ้าหน้าที่จะต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนหรือไม่ แต่หัวหน้าหน่วยงานของรัฐที่ได้รับความเสียหายมีเพียงอำนาจลงนามในคำสั่งเท่านั้น ไม่มีอำนาจตัดสินใจว่าเจ้าหน้าที่จะต้องรับผิดชอบหรือไม่ เพียงใด เว้นแต่เป็นกรณีที่เข้าข้อยกเว้นที่กระทรวงการคลังกำหนดให้หน่วยงานของรัฐไม่ต้องรายงานให้กระทรวงการคลังตรวจสอบ หัวหน้าหน่วยงานของรัฐจะมีอำนาจวินิจฉัยสั่งการเองได้ และจากคำพิพากษาของศาลปกครองในคดีพิพาทเกี่ยวกับการฟ้องเพิกถอนคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ศาลเห็นว่ากระบวนการพิจารณาในชั้นของกระทรวงการคลังเป็นเพียงส่วนหนึ่งของการพิจารณาทางปกครองเพื่อออกคำสั่งทางปกครองเท่านั้น ยังไม่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อเปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระงับ หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล อันจะถือได้ว่าเป็นคำสั่งทางปกครอง เจ้าหน้าที่ผู้ที่กระทรวงการคลังวินิจฉัยให้รับผิดชอบจึงไม่อาจฟ้องขอให้ศาลเพิกถอนความเห็นของกระทรวงการคลังได้ นอกจากนี้ยังได้วินิจฉัยว่าการส่งสำนวนให้กระทรวงการคลังตรวจสอบก่อนออกคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ผู้ต้องรับผิดชอบชดใช้ค่าสินไหมทดแทนถือเป็นขั้นตอนและวิธีการอันเป็นสาระสำคัญในการออกคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ตามมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 ซึ่งถือได้ว่าเป็นคำสั่งทางปกครอง ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 และหากไม่ปฏิบัติตาม ศาลปกครองมีอำนาจเพิกถอนคำสั่งได้ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 รวมทั้งคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน เจ้าหน้าที่ที่มีความประสงค์จะฟ้องขอให้ศาลปกครองมีคำพิพากษาเพิกถอนคำสั่งจะต้องอุทธรณ์คำสั่งต่อผู้ทำคำสั่งก่อนฟ้องคดี เนื่องจากขั้นตอนการอุทธรณ์ถือเป็นเงื่อนไขในการฟ้องคดีปกครอง หากไม่อุทธรณ์คำสั่งแต่นำคดีมาฟ้องต่อศาล ศาลจะไม่รับคำฟ้องนั้นไว้พิจารณา เพราะถือว่าผู้ฟ้องคดีไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขในการฟ้องคดี ตามมาตรา 42 วรรคสองแห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 แต่หากพิจารณากฎหมายและระเบียบปฏิบัติที่เกี่ยวข้องพบว่า การพิจารณาคำอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง ยังมีปัญหาที่ทำให้ไม่มีผลในทางปฏิบัติ เนื่องจากข้อ 18 กำหนดให้ผู้แต่งตั้งมีคำสั่งความเห็นของกระทรวงการคลังส่งผลโดยตรงต่อการใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งทางปกครองของหัวหน้าหน่วยงานของรัฐ เนื่องจากตามกฎหมายหัวหน้าหน่วยงานของรัฐย่อมผูกพันที่จะต้องออกคำสั่งตามความเห็นของกระทรวงการคลัง และแม้ต่อมาจะมีการอุทธรณ์คำสั่ง ผู้แต่งตั้งหรือ

ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ก็ต้องวินิจฉัยสั่งการคำอุทธรณ์ตามผลการตรวจสอบของกระทรวงการคลังอยู่แล้ว การอุทธรณ์จึงไม่มีผลในทางปฏิบัติที่จะเปลี่ยนแปลงหรือแก้ไขคำสั่งทางปกครองให้แตกต่างไปจากความเห็นของกระทรวงการคลังได้

## 2. ข้อเสนอแนะ

จากการวิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการที่ผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบทางละเมิดต้องส่งสำนวนไปให้กระทรวงการคลังพิจารณา และปัญหาเกี่ยวกับการที่ผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบทางละเมิดต้องดำเนินการออกคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามความเห็นของกระทรวงการคลัง ผู้ศึกษาขอเสนอแนะแนวทางการแก้ไขปัญหาดังนี้

### 2.1 ปัญหาเกี่ยวกับกรณีการที่ผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบทางละเมิดต้องส่งสำนวนไปให้กระทรวงการคลังพิจารณา

ผู้ศึกษาเห็นว่า ควรมีการแก้ไขเพิ่มเติม ข้อ 17 และข้อ 21 แห่งระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 โดยเห็นควรยกเลิกบทบัญญัติที่เป็นการบังคับกำหนดให้หน่วยงานของรัฐที่เป็นผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบทางละเมิดต้องส่งสำนวนไปให้กระทรวงการคลังพิจารณา และเสนอให้กำหนดหลักการใหม่ ดังนี้

“ข้อ 17 เมื่อผู้แต่งตั้งได้รับผลการพิจารณาของคณะกรรมการแล้วให้วินิจฉัยสั่งการว่ามี ผู้รับผิดชอบชดใช้ค่าสินไหมทดแทนหรือไม่ และเป็นจำนวนเท่าใด แต่ยังมีต้องแจ้งการสั่งการให้ผู้ที่เกี่ยวข้องทราบ

ให้ผู้แต่งตั้งส่งสำนวนภายในเจ็ดวันนับแต่วันวินิจฉัยสั่งการให้กระทรวงที่ผู้แต่งตั้งนั้นสังกัดตรวจสอบ กรณีรัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกาหรือหน่วยงานของรัฐตามกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ ให้ผู้แต่งตั้งส่งสำนวนให้ผู้บังคับบัญชาสูงสุดของหน่วยงานนั้นตรวจสอบ และต้องพิจารณาโดยไม่ชักช้า และให้มีอำนาจตรวจสอบพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้อง ในกรณีที่เห็นสมควรจะให้บุคคลใดส่งพยานหลักฐานหรือมาให้ถ้อยคำเพื่อประกอบการพิจารณาเพิ่มเติมอีกก็ได้

กรณีตามวรรคสองให้ดำเนินการพิจารณาให้แล้วเสร็จก่อนอายุความสองปีสิ้นสุดไม่น้อยกว่าหกเดือน ถ้าไม่แจ้งผลการตรวจสอบให้ทราบภายในกำหนดเวลาดังกล่าว ให้ผู้แต่งตั้งมีคำสั่งตามที่เห็นสมควร และแจ้งให้ผู้ที่เกี่ยวข้องทราบ”



“ข้อ 21 ในการพิจารณาของกระทรวง หรือรัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติ หรือพระราชกฤษฎีกาหรือหน่วยงานของรัฐตามกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ ให้มี "คณะกรรมการพิจารณาความรับผิดชอบต่อกระทรวง หรือรัฐวิสาหกิจ หรือหน่วยงานของรัฐแล้วแต่กรณี

ให้คณะกรรมการตามวรรคหนึ่งประกอบด้วย ปลัดกระทรวงหรือรองปลัดกระทรวงที่ปลัดกระทรวงมอบหมาย กรณีรัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกาหรือหน่วยงานของรัฐตามกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ ให้ผู้บังคับบัญชาสูงสุดของหน่วยงานหรือผู้ซึ่งได้รับมอบหมายซึ่งมีตำแหน่งสูงกว่าผู้แต่งตั้งเป็นประธานกรรมการ ผู้แทนสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ผู้แทนสำนักงานอัยการสูงสุด ผู้แทนสำนักงานตรวจเงินแผ่นดิน และผู้แทนกระทรวงการคลัง เป็นกรรมการ

คณะกรรมการพิจารณาความรับผิดชอบต่ออาจแต่งตั้งคณะอนุกรรมการเพื่อปฏิบัติหน้าที่ตามที่มอบหมายได้ในการประชุมของคณะกรรมการพิจารณาความรับผิดชอบต่อให้นำความในข้อ 13 มาใช้บังคับโดยอนุโลม”

ทั้งนี้การแก้ไขดังกล่าวจะทำให้เรื่องที่จะส่งให้กระทรวงการคลังตรวจสอบมีจำนวนลดน้อยลง เนื่องจากผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบต่อจะส่งสำนวนไปให้กระทรวงที่ผู้ยื่นสังกัดตรวจสอบ หรือในกรณีของรัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา หรือหน่วยงานของรัฐตามกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบต่อเจ้าหน้าที่ ผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบต่อจะส่งสำนวนให้ผู้บังคับบัญชาสูงสุดของหน่วยงานนั้นตรวจสอบ โดยกระทรวงการคลังจะตรวจสอบสำนวนเฉพาะหน่วยงานในสังกัดของตนเองเท่านั้น ซึ่งจะทำให้การพิจารณาสำนวนความรับผิดชอบต่อมีความรวดเร็วขึ้น ปัญหาความล่าช้าในการพิจารณา และปัญหาอายุความในการใช้สิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจากเจ้าหน้าที่ลดน้อยลง ทุกลักษณะความผิดที่เกิดการกระทำละเมิดไม่ว่าจะมีความเสียหายหรือไม่ จะได้รับการพิจารณาโดยเท่าเทียมกัน ไม่มีการยกเว้น ซึ่งการบัญญัติดังกล่าวจะสอดคล้องตามหลักกฎหมายของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสที่กำหนดให้มีการปรึกษาหารือก่อนออกคำสั่งทางปกครอง เพื่อเป็นการประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนไม่ให้ต้องถูกกระทบกระเทือนจากการใช้อำนาจในการออกคำสั่งทางปกครองเกินกว่าเหตุจำเป็น และมีการถ่วงดุลการใช้อำนาจมากยิ่งขึ้น ทำให้การออกคำสั่งเป็นไปเพื่อประโยชน์มหาชนและมีประสิทธิภาพมากที่สุด

2.2 ปัญหาเกี่ยวกับกรณีการที่ผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิด ต้องดำเนินการออกคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามความเห็นของกระทรวงการคลัง

ผู้ศึกษาเห็นว่า ควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมข้อ 18 แห่งระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 โดยเห็นควรยกเลิกบทบัญญัติที่เป็นการบังคับกำหนดให้หน่วยงานของรัฐที่ผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิดต้องส่งสำนวน ไปให้กระทรวงการคลังพิจารณา และเสนอให้กำหนดหลักการใหม่ ดังนี้

“ข้อ 18 เมื่อกระทรวง หรือรัฐวิสาหกิจ หรือหน่วยงานของรัฐแล้วแต่กรณีพิจารณาเสร็จแล้ว หากผู้แต่งตั้งเห็นด้วยให้มีคำสั่งตามความเห็นของกระทรวง หรือหรือรัฐวิสาหกิจหรือหน่วยงานของรัฐแล้วแต่กรณี และแจ้งคำสั่งนั้นให้ผู้ที่เกี่ยวข้องทราบ หากผู้แต่งตั้งไม่เห็นด้วยหรือมีความเห็นที่แตกต่างให้ผู้แต่งตั้งระบุเหตุผลและความคิดเห็นที่ไม่เห็นด้วยหรือที่มีความเห็นแตกต่างนั้นไว้ เป็นลายลักษณ์อักษร และวินิจฉัยสั่งการตามที่ได้เห็นว่าถูกต้อง

หากปรากฏข้อเท็จจริงในภายหลังว่าการวินิจฉัยสั่งการของผู้แต่งตั้งไม่ชอบด้วยกฎหมาย และเกิดความเสียหายแก่หน่วยงาน ผู้แต่งตั้งจะต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้น

เมื่อหน่วยงานของรัฐที่เสียหายสั่งการตามความเห็นของกระทรวง หรือรัฐวิสาหกิจ หรือหน่วยงานของรัฐแล้วแต่กรณีหรือวินิจฉัยสั่งการตามที่ได้เห็นว่าถูกต้องแล้ว ให้ผู้แต่งตั้งดำเนินการเพื่อออกคำสั่งให้ผู้ต้องรับผิดชอบชำระค่าสินไหมทดแทนหรือฟ้องคดีต่อศาลอย่าให้ขาดอายุความ

ในกรณีที่ปรากฏตามความเห็นของกระทรวง หรือรัฐวิสาหกิจหรือหน่วยงานของรัฐแล้วแต่กรณี ว่ามีผู้ใดต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนเพิ่มขึ้นหรือต่างไปจากสำนวนที่ผู้แต่งตั้งส่งให้ตรวจสอบ หากยังไม่เคยมีการสอบสวนนั้น ในฐานะผู้ต้องรับผิดชอบมาก่อน ให้ผู้แต่งตั้งส่งเรื่องให้คณะกรรมการทำการสอบสวนข้อเท็จจริงความรับผิดผู้นั้นเพื่อประกอบการวินิจฉัยสั่งการ ถ้าผลของคำวินิจฉัยของผู้แต่งตั้งตรงกับความเห็นของกระทรวง หรือรัฐวิสาหกิจหรือหน่วยงานของรัฐแล้วแต่กรณี ให้ผู้แต่งตั้งสั่งการให้ผู้นั้นรับผิดชอบแล้วรายงานกระทรวง หรือรัฐวิสาหกิจหรือหน่วยงานของรัฐแล้วแต่กรณีเพื่อทราบ ถ้าผลของคำวินิจฉัยของผู้แต่งตั้งต่างไปจากความเห็นของกระทรวง หรือรัฐวิสาหกิจหรือหน่วยงานของรัฐแล้วแต่กรณี ให้ผู้แต่งตั้งรายงานกระทรวงหรือรัฐวิสาหกิจ หรือหน่วยงานของรัฐแล้วแต่กรณี พิจารณาให้ความเห็นอีกครั้งหนึ่ง หากผู้แต่งตั้งเห็นด้วยให้มีคำสั่งตามความเห็นของกระทรวง หรือหรือรัฐวิสาหกิจหรือหน่วยงานของรัฐแล้ว

แต่กรณี หากผู้แต่งตั้งไม่เห็นด้วยให้ผู้แต่งตั้งวินิจฉัยสั่งการตามที่เห็นว่าถูกต้อง ทั้งนี้ ให้นำความในข้อ 17 วรรคสาม มาใช้บังคับโดยอนุโลม”

ทั้งนี้การแก้ไขดังกล่าวจะสอดคล้องกับข้อ 17 และข้อ 21 ที่ได้กำหนดให้กระทรวงหรือรัฐวิสาหกิจ หรือหน่วยงานของรัฐแล้วแต่กรณี เป็นผู้ที่ทำหน้าที่ในการพิจารณาตรวจสอบสำนวน และเมื่อกระทรวง หรือรัฐวิสาหกิจหรือหน่วยงานของรัฐแล้วแต่กรณี พิจารณาเสร็จแล้วได้กำหนดให้ผู้แต่งตั้งคณะกรรมการตรวจสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบละเมิด ซึ่งเป็นผู้ใกล้ชิดกับข้อเท็จจริงมากที่สุดได้เข้ามามีส่วนร่วม โดยการพิจารณาความเห็นของกระทรวง หรือรัฐวิสาหกิจ หรือหน่วยงานของรัฐแล้วแต่กรณี หากเห็นด้วยให้มีคำสั่งตามความเห็นของกระทรวง หรือรัฐวิสาหกิจ หรือหน่วยงานของรัฐแล้วแต่กรณี และแจ้งคำสั่งนั้นให้ผู้ที่เกี่ยวข้องทราบ หากผู้แต่งตั้งไม่เห็นด้วยหรือมีความเห็นที่แตกต่างให้ผู้แต่งตั้งระบุเหตุผลและความเห็นที่ไม่เห็นด้วยหรือที่มีความเห็นต่างนั้นไว้เป็นลายลักษณ์อักษร และวินิจฉัยสั่งการตามที่เห็นว่าถูกต้อง โดยที่ผู้แต่งตั้งไม่ต้องผูกพันตามความเห็นของหน่วยงานที่ตนเองได้ปรึกษาหารือ แต่หากปรากฏข้อเท็จจริงในภายหลังว่าการวินิจฉัยสั่งการของผู้แต่งตั้งไม่ชอบด้วยกฎหมาย และเกิดความเสียหายแก่หน่วยงาน ผู้แต่งตั้งจะต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้น เป็นการกำหนดให้ผู้แต่งตั้งต้องใช้ดุลพินิจอย่างถูกต้อง เป็นธรรมและรับผิดชอบต่อความเห็นของตน และเมื่อผู้แต่งตั้งออกคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแล้ว เจ้าหน้าที่ผู้ได้รับผลกระทบจากคำสั่งดังกล่าวมีการอุทธรณ์ ผู้แต่งตั้งหรือผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์สามารถวินิจฉัยสั่งการคำอุทธรณ์ตามความเห็นหรือการใช้ดุลพินิจของตนได้โดยอิสระ ไม่ต้องผูกพันหรือยึดติดกับผลการตรวจสอบของกระทรวง หรือรัฐวิสาหกิจ หรือหน่วยงานของรัฐแล้วแต่กรณี ซึ่งจะทำให้กระบวนการอุทธรณ์คำสั่งมีผลในทางปฏิบัติได้จริง



บรรณานุกรม

มหาวิทยาลัย

สกลนครราชภัฏ

## บรรณานุกรม

- กรมบัญชีกลาง. (2556). คู่มือการปฏิบัติงานด้านความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ .กรุงเทพฯ: สวัสดิการกรมบัญชีกลาง.
- กมลชัย รัตนสกววงศ์ .(2537). หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน : พื้นฐานความรู้ทั่วไป .กรุงเทพฯ: นิติธรรม.
- กมลชัย รัตนสกววงศ์.(2539). กฎหมายปกครอง คำบรรยาย บทความ รายงานการศึกษา. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- กมลชัย รัตนสกววงศ์. (2539). สารสำคัญของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- กมลชัย รัตนสกววงศ์. (2540). ความชอบด้วยกฎหมาย ความมิชอบด้วยกฎหมาย และผลบังคับของนิติกรรมทางปกครองตามกฎหมายปกครองเยอรมัน. กรุงเทพฯ: นิติธรรม .
- กมลชัย รัตนสกววงศ์. (2544). องค์ประกอบของนิติกรรมทางปกครอง: หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย .
- กมลชัย รัตนสกววงศ์.(2554). หลักกฎหมายปกครอง .กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- กุลพล พลวัน. (2538) .พัฒนาการสิทธิมนุษยชน. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- เกรียงไกร เจริญวัฒนา. (2531) .องค์กรและวิธีการคุ้มครองประชาชนและความคุ้มครองภายในฝ่ายปกครองในประเทศไทย. (วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต ไม่ได้ตีพิมพ์). จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. กรุงเทพมหานคร.
- เกรียงไกร เจริญวัฒนา. (2556) .หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน . กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- ขวัญชัย สันตสว่าง. (2531). กฎหมายปกครองเปรียบเทียบ LA 439. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง
- ขวัญชัย สันตสว่าง .(2531). “หลักการว่าด้วยการกระทำในทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย”. บทบัณฑิตย 44 ตอน 4.
- ชาญชัย แสวงศักดิ์ .(2542). คำอธิบายกฎหมายปกครอง. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- ชาญชัย แสวงศักดิ์.(2546). คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ . กรุงเทพฯ: เดือนตุลา.
- ชาญชัย แสวงศักดิ์ .(2547). รวมหลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส. กรุงเทพฯ: ศูนย์ศึกษากฎหมายปกครองเปรียบเทียบ. สำนักวิจัยและวิชาการ. สำนักงานศาลปกครอง.

- ชาญชัย แสวงศักดิ์. (2549). คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง .กรุงเทพฯ: วิทยุชน.
- ชาญชัย แสวงศักดิ์. (2555). คำอธิบายกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่และความรับผิดชอบของรัฐ โดยปราศจากความผิด .กรุงเทพฯ: วิทยุชน.
- ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์. (2540) .กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง. กรุงเทพฯ: จีรัชการพิมพ์.
- ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์. (2540) .เอกสารถอดเทปการบรรยายเรื่องกฎหมายความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่. กรุงเทพฯ.
- ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์.(2529). “ความรับผิดชอบแห่งของเจ้าหน้าที่ของรัฐ” .วารสารกฎหมายปกครอง .5, 1 (มกราคม 2529): 278.
- ถาวร เกียรติทับทิว. (2532). กฎหมายปกครอง .กรุงเทพฯ: ชวนพิมพ์.
- ธิดา ซาลีจันทร์. (2531). สังคมการเมืองสำหรับนักกฎหมาย .กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง.
- ธีระ สุธีวรางกูร. (2541). นิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยเจตนารมณ์ของกฎหมาย. (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต ไม่ได้ดีพิมพ์). มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. กรุงเทพมหานคร.
- นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2553). กฎหมายปกครอง. กรุงเทพฯ: วิทยุชน.
- นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2547). หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ. กรุงเทพฯ: วิทยุชน.
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2538). กฎหมายมหาชน เล่ม 3 : ที่มาและนิติวิธี. กรุงเทพฯ: นิติธรรม.
- บรรเจิด สิงคนดี .(2543). หลักการพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ.2540 .กรุงเทพฯ: วิทยุชน.
- บรรเจิด สิงคนดี. (2547). หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ. กรุงเทพฯ: วิทยุชน.
- บรรเจิด สิงคนดี. (2552) .หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง .กรุงเทพฯ: วิทยุชน.
- บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ .(2541). “การสิ้นสุดของคำสั่งทางปกครอง” .ในรวมบทความทางวิชาการกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539. กรุงเทพฯ: วิทยุชน.
- บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ .(2553). กฎหมายรัฐธรรมนูญ. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- บุญอนันต์ วรรณพานิชย์ .(2533). หลักความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมไทย. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- บุญอนันต์ วรรณพานิชย์ .(2545). หลักกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง .กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง.
- ประยูร กาญจนกุล. (2538). คำบรรยายกฎหมายปกครอง .กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

- ประสาธ พงษ์สุวรรณ.(2545). “เหตุที่ใช้อ้างในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง”. *วารสารนิติศาสตร์* .(มิถุนายน 2545): 268 .
- ปิ่น มาศรีนวนล .(2545). *ปัญหาเขตอำนาจศาลปกครองในการพิจารณาคดีพิพาทเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ*. (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัย ไม้ได้ตีพิมพ์).จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.กรุงเทพมหานคร
- พระพรหมคุณาภรณ์ (ป.อ. ปยุตโต) .(2548). *สลายความขัดแย้ง* .กรุงเทพฯ: พิมพ์สว.
- พิพัฒน์ กองใจ. (2544). *ปัญหาการคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่สามซึ่งได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครอง*. (วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาวิทยาลัย ไม้ได้ตีพิมพ์). จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. กรุงเทพมหานคร.
- พูนศักดิ์ ไวสำรวจ.(2528). “นิติกรรมฝ่ายเดียวทางปกครองในกฎหมายฝรั่งเศส”. *วารสารกฎหมายปกครอง* .4, 2 (สิงหาคม 2528) :304
- พูนศักดิ์ ไวสำรวจ .(2530). “ความรับผิดชอบฝ่ายปกครองในฝรั่งเศส” .*วารสารกฎหมายปกครอง* . 6, 3 (ธันวาคม 2530) : 588 - 589
- ภริชญา วัฒนรุ่งง. (2552) .*หลักกฎหมายมหาชน* .กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง.
- โกคิน พลกุล. (2525). *เอกสารประกอบการบรรยายวิชากฎหมายมหาชน*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
- โกคิน พลกุล.(2527). “คดีปกครองในฝรั่งเศส”. *วารสารอัยการ*. 7, 73 (มกราคม 2527) : 76
- มนตรี รูปสุวรรณ .(2530). “หลักการว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย”. *วารสารกฎหมายปกครอง* .หน้า 573
- มานิตย์ จุมปา. (2540). *การยกเลิกและการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง* .(วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัย ไม้ได้ตีพิมพ์). จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.กรุงเทพมหานคร.
- มานิตย์ จุมปา. (2549). *คำอธิบายกฎหมายปกครองว่าด้วยการกระทำทางปกครองและการควบคุมการกระทำทางปกครอง*. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- มานิตย์ จุมปา .(2554). *คำอธิบายกฎหมายปกครอง เล่ม 3 ว่าด้วยการกระทำทางปกครองและการควบคุมการกระทำทางปกครอง ตอนที่ 1*. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- มูลนิธิสถาบันวิจัยกฎหมาย .(2546). *กฎหมายที่มีบทบัญญัติไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ*. กรุงเทพฯ: มูลนิธิสถาบันวิจัยกฎหมาย
- หยุด แสงอุทัย. (2535). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป*. กรุงเทพฯ: ประกายพรีก.

- รุ่งธรรม พุ่มเล็ก. (2542) .*ความรับผิดชอบแห่งของฝ่ายปกครองในประเทศไทย: ศึกษาเฉพาะกรณี ความรับผิดชอบละเมิด*. (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต ไม่ได้ตีพิมพ์). มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต. กรุงเทพมหานคร.
- ฤทัย หงส์สิริ. (2545). “นิติกรรมทางปกครอง”. ใน*คู่มือการศึกษากฎหมายปกครอง*. กรุงเทพฯ: สำนักอบรมกฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา
- ฤทัย หงส์สิริ. (2545). “ผลของนิติกรรมทางปกครอง”. ใน*คู่มือการศึกษากฎหมายปกครอง*. กรุงเทพฯ: สำนักอบรมกฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา
- ฤทัย หงส์สิริ. “นิติกรรมทางปกครอง: ความหมายและขอบเขต”. *คูลพาท*. 43, 2 .หน้า 108
- ฤทัย หงส์สิริ.(2543). “ข้อสังเกตบางประการเกี่ยวกับพระราชบัญญัติความรับผิดชอบละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539”. *วารสารการพาณิชย์นาวี* .19, 2.
- วรพจน์ วิสสุตพิชญ์.(2538). *สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- วรพจน์ วิสสุตพิชญ์.(2538). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับศาลปกครอง*. กรุงเทพฯ: นิติธรรม .
- วรพจน์ วิสสุตพิชญ์. (2540) .“ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานในกฎหมายมหาชน”. ใน*รวมบทความทางวิชาการบางเรื่องเกี่ยวกับกฎหมายปกครองและกฎหมายรัฐธรรมนูญ*. กรุงเทพฯ: นิติธรรม
- วรพจน์ วิสสุตพิชญ์. (2541) .“เจ้าหน้าที่ซึ่งมีอำนาจทำการพิจารณาทางปกครอง” .*รวมบทความทางวิชาการกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539*
- วรพจน์ วิสสุตพิชญ์. (2542). *สิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ*. กรุงเทพฯ: ม.ป.พ.
- วรพจน์ วิสสุตพิชญ์.(2543). “การกระทำทางปกครอง” .*เอกสารประกอบการอบรมหลักสูตรพนักงานคดีปกครองระดับต้น รุ่น 1*. หน้า 1
- วรพจน์ วิสสุตพิชญ์.(2533). “การควบคุมการใช้ดุลพินิจทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ”. *บทบัณฑิตย (กันยายน 2533)* :136
- วรพจน์ วิสสุตพิชญ์.(2545). “การกระทำทางปกครอง” .*อาจารย์บุชา ศ.ดร.อมร จันทรสมบูรณ์* กรุงเทพฯ : เดือนตุลา 2545 : 147
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2545). “ผลบังคับผูกพันของคำสั่งทางปกครอง”. ใน*รวมบทความทางวิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบ 72 ปี ศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรสมบูรณ์*. กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์ .(2546). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง: หลักการพื้นฐานในกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.



วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2546) .*หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง*.

กรุงเทพฯ: วิญญูชน

วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2549). *วิธีปฏิบัติราชการทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน

วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2554) .*กฎหมายปกครองภาคทั่วไป*. กรุงเทพฯ: นิติราษฎร์

วิสูตร วัจนะเสถียรกุล .(2547) .*ความรับผิดชอบละเมิดของฝ่ายปกครองและการฟ้องคดีเกี่ยวกับ*

*ความรับผิดชอบละเมิดของฝ่ายปกครอง*. (สารนิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

ไม่ได้ตีพิมพ์). มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.กรุงเทพฯมหานคร

วีระ โลจายะ. (2525). *กฎหมายสิทธิมนุษยชน*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

วีระ โลจายะ. (2532). *กฎหมายมหาชน*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

สมยศ เชื้อไทย. (2554). *หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

สถิต เล็งไธสง. (2540). *ความรับผิดชอบละเมิดของเจ้าหน้าที่ของรัฐและพนักงานรัฐวิสาหกิจ*.

กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

สะเทือน ชูสกุล. (2540). *สาระสำคัญของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองและความรับผิดชอบ*

*ทางละเมิดของเจ้าหน้าที่*. กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา.

สุจิน ชื่อสุวรรณ. (2532). *ความรับผิดชอบละเมิดของข้าราชการ*. (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตร์

มหาบัณฑิต ไม่ได้ตีพิมพ์). จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.กรุงเทพฯมหานคร.

สุรียา ปานแป้น. (2554). *คู่มือสอบกฎหมายปกครอง*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา. (2549). *การเรียกค่าเสียหายในคดีปกครอง: ศักยภาพตามมาตรา 16*

*และมาตรา 17 แห่งพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ.2548*.

กรุงเทพฯมหานคร: สำนักวิชาการ.

สำนักงานศาลปกครอง. (2547). *หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส*. กรุงเทพฯ: ศูนย์ศาลาาดพร้าว.

หยุด แสงอุทัย. (2538). *หลักรัฐธรรมนูญทั่วไป*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

อรรถพล ลีกระจ่าง. (2558). *ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ของรัฐชดใช้ค่าสินไหม*

*ทดแทนตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับ*

*ผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539*. (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

ไม่ได้ตีพิมพ์). มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.กรุงเทพฯมหานคร.

เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล. (2538). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายผังเมือง*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

Hartmut Mauere. (1992). *Allgemeines Verwaltungsrecht*. p.2. อ้างใน บรรเจิด สิงคนดี.2551.

*หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 15

Loewenstein, K. Political Power and the Government Process : U.S.A. the University of Chicago : Press, 1957. p.376. อ้างใน วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ .2540. “ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานในกฎหมายมหาชน” .ในรวมบทความทางวิชาการบางเรื่องเกี่ยวกับกฎหมายปกครองและกฎหมายรัฐธรรมนูญ .กรุงเทพฯ: นิตยธรรม.



## ประวัติผู้ศึกษา

ชื่อ	นายสุวิทย์ ปิ่นพรหม
วัน เดือน ปีเกิด	14 ตุลาคม 2526
สถานที่เกิด	อำเภอสุคีริน จังหวัดนครราชสีมา
ประวัติการศึกษา	นิติศาสตรบัณฑิต (น.บ.) มหาวิทยาลัยรามคำแหง พ.ศ. 2548 รัฐศาสตรบัณฑิต (ร.บ.) มหาวิทยาลัยรามคำแหง พ.ศ. 2555
สถานที่ทำงาน	สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินภูมิภาคที่ 1 (จังหวัดพระนครศรีอยุธยา) อำเภอพระนครศรีอยุธยา จังหวัดพระนครศรีอยุธยา
ตำแหน่ง	นักวิชาการตรวจเงินแผ่นดินชำนาญการ

